Die elterliche Gewalt der Mutter
nach dem Bürgerlichen Gesetzbuche

Dissertation

zur

Erlangung der juristischen Doktorwürde

der

Rechts- und Wirtschaftswissenschaftlichen Fakultät
der Universität Rostock

vorgelegt von

Elsbeth Ahnert

Rostock
Carl Hinstorffs Hofbuchdruckerei
1930

Referent: Prof. Dr. Walsmann.

R. UNIV.
BIBLIOTHEEK
LEIDEN

Meinen lieben Eltern

in Dankbarkeit und Verehrung.

Schrifttum.

André, F.: Verträge zwischen Eltern über die Erziehung ihrer Kinder; Rektoratsrede, Marburg 1905.

Bachofen, J. J.: Das Mutterrecht. Stuttgart 1861.

Bergmann, Alexander: Internationales Ehe- und Kindschaftsrecht.
1. Bd. Allgemeine Einführung. Berlin 1926.
2. Bd. Ehe- und Kindschaftsrecht der europäischen Staaten (mit Ausnahme der Türkei). Berlin 1926.
3. Bd. Ehe- und Kindschaftsrecht in außereuropäischen Staaten (einschließlich der Türkei), sowie in außereuropäischen Besitzungen. Berlin 1928.

von Blume: Kommentar zum Familienrecht des Bürgerlichen Gesetzbuches. Zweiter Abschnitt. Berlin 1906.

Boehm, I.: Das Vormundschaftsrecht des Bürgerlichen Gesetzbuchs. Hannover 1897.

Boehm, I.: Wann ist gemäß § 1773 Abs. 1 des BGB. Vormundschaft über Minderjährige einzuleiten? Gruchots Beiträge Bd. 41, S. 559 bis 565.

Boschan, Wilhelm: Das Eltern- und Vormundschaftsrecht in der gerichtlichen Praxis. Berlin 1900.

Breit, James: Beiträge zur Lehre von der gesetzlichen Vertretung, Seufferts Blätter für Rechtsanwendung Bd. 73, S. 883—890.

von Buchka, Gerhard: Vergleichende Darstellung des Bürgerlichen Gesetzbuches für das Deutsche Reich und des gemeinen Rechts. Berlin 1897.

Bulling, Carl: Die deutsche Frau und das bürgerliche Gesetzbuch. Zweite Auflage. Berlin 1896.

Danziger, Gerhard: Verträge zwischen Eltern über die Sorge für die Person ihrer Kinder nach dem Recht des Bürgerlichen Gesetzbuches. Dissertation Leipzig 1908.

Denkschrift zum Entwurf eines bürgerlichen Gesetzbuchs. Berlin 1896.

Dernburg, Heinrich: Deutsches Familienrecht. Halle a. S. 1903.

Eck, Clara: Die elterliche Gewalt im BGB., Archiv für Bürgerliches Recht Bd. 41, S. 1—159.

Egger, A.: Kommentar zum Familienrecht des schweizerischen Zivilgesetzbuchs. Zürich 1914.

Endemann, F.: Lehrbuch des Bürgerlichen Rechts. Zweiter Band. Zweite Abteilung: Familienrecht. Achte und neunte Auflage. Berlin 1908.

Engelmann, Theodor: Das Reichsgesetz über die religiöse Kindererziehung vom 15. Juli 1921. München, Berlin und Leipzig 1922.

Fichte, Johann Gottlieb: Grundlage des Naturrechts nach Prinzipien der Wissenschaftslehre. Zweiter Teil oder angewandtes Naturrecht. Erste Ausgabe: Jena und Leipzig 1797.

Fischer-Henle: Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch. Dreizehnte umgearbeitete und ergänzte Auflage. München 1927.

Fohr, Otto: Die elterliche Gewalt nach dem Rechte des Deutschen Reichs, Archiv für die zivilistische Praxis Bd. 92, S. 378—424.

Gehring, Paul: Elterliche Personengewalt und Vertrag nach BGB., Rechtswissenschaftliche Studien, Heft 9. Berlin 1920.

Gierke, Otto: Der Entwurf eines bürgerlichen Gesetzbuchs und das deutsche Recht. Leipzig 1889.

Gierke, Otto: Die soziale Aufgabe des Privatrechts. Vortrag. Berlin 1889.

Gimmerthal, Max: Zur väterlichen Gewalt des bürgerlichen Gesetzbuchs, Archiv für die zivilistische Praxis Bd. 104, S. 388—426.

Gmür, Max: Kommentar zum Familienrecht des Schweizerischen Zivilgesetzbuchs.

I. Abteilung (Das Eherecht), erläutert von Max Gmür. Bern 1911.

II. Abteilung (Die Verwandtschaft), erläutert von A. Silbernagel und P. Wäber. Bern 1921.

III. Abteilung (Die Vormundschaft), erläutert von Joseph Kaufmann. Bern 1918.

Goldmann-Lilienthal: Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch. Dritter Band. Familienrecht. Berlin 1921.

Grotius, Hugo: De jure belli ac pacis. Libri tres in quibus jus naturae et gentium, item juris publici praecipua explicantur. (Jenaer Ausgabe 1673.)

Gutachten aus dem Anwaltstande über die erste Lesung des Entwurfs eines bürgerlichen Gesetzbuchs. Berlin 1890.

Haidlen: Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch nebst Einführungsgesetz mit den Motiven und sonstigen gesetzgeberischen Vorarbeiten. Dritter Band. Viertes Buch. Berlin, Stuttgart, Leipzig 1897.

Heinsheimer, Karl: Neues Adoptionsrecht, Leipziger Zeitschrift 1925 S. 897.

Heusler, Andreas: Institutionen des deutschen Privatrechts. Zweiter Band. Leipzig 1886.

Heydemann, Ernst: §§ 1684 und 1685 des Bürgerlichen Gesetzbuchs. Dissertation Rostock 1905.

Jastrow, Hermann: Das Recht der Frau nach dem Bürgerlichen Gesetzbuch. Berlin 1897.

von Ihering, Rudolf: Geist des römischen Rechts auf den verschiedenen Stufen seiner Entwicklung. Zweiter Teil. Erste Abteilung. Dritte verbesserte Auflage. Leipzig 1874.

Kant, Immanuel: Metaphysische Anfangsgründe der Rechtslehre. Königsberg 1797.

Kipp-Wolff: Lehrbuch des Bürgerlichen Rechts. Das Familienrecht. Sechste Bearbeitung. Marburg 1928.

Köhne: Elterliche Gewalt und Vormundschaft im Entwurf eines Bürgerlichen Gesetzbuchs, Gruchots Beiträge zur Erläuterung des deutschen Rechts, Jahrgang 40, S. 597—619

Kuby: Familienrecht; Rechtliche Stellung der ehelichen Kinder, insbesondere die elterliche Gewalt. Zweite Auflage. Kaiserslautern 1900.

Kuhlenbeck, Ludwig: Von den Pandekten zum Bürgerlichen Gesetzbuch. Erster Teil, erste Hälfte. Berlin 1897.

Lattermann, Eberhard: Die Regelung des persönlichen Verkehrs der Eltern mit ihren Kindern (§ 1636 BGB.) in ihrer heutigen Gestaltung. Dissertation Greifswald 1917.

Lehmann, Heinrich: Familienrecht des Bürgerlichen Gesetzbuches, einschließlich Jugendfürsorgerecht. Berlin und Leipzig 1926.

Lippert, Julius: Die Geschichte der Familie. Stuttgart 1884.

Mayr, Otto: Die Aufsichtspflicht der Eltern nach dem BGB., Seufferts Blätter für Rechtsanwendung Bd. 71, S. 109—115.

Motive zu dem Entwurf eines bürgerlichen Gesetzbuchs für das Deutsche Reich. Bd. IV. Familienrecht. Amtliche Ausgabe. Zweite unveränderte Auflage. Berlin 1896.

Mugdan, B.: Die gesamten Materialien zum Bürgerlichen Gesetzbuch für das Deutsche Reich. Bd. IV. Familienrecht. Berlin 1899.

Munk, Marie: Die elterliche Gewalt und ihre Reform, Juristische Wochenschrift 1925, I S. 309, 310.

Munk, Marie: Vorschläge zur Umgestaltung des Rechts der Ehescheidung und der elterlichen Gewalt nebst Gesetzentwurf. Berlin 1923.

Nyrén, Gustaf: Das Schwedische Eherecht, Gesetz über das Eherecht vom 11. Juni 1920. Erster Teil. Berlin 1925.

Nyrén, Gustaf: Schwedisches Familienrecht. Eherecht im internationalen Verkehr. Rechtliche Stellung der Kinder. Adoption. Vormundschaft. Mit Anhang: Staatsangehörigkeit. Zweiter Teil. Berlin 1927.

Opet, Otto: Das Verwandtschaftsrecht des Bürgerlichen Gesetzbuchs. Berlin 1899.

Planck, G.: Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch. Vierter Band. Familienrecht. Dritte Auflage. Berlin 1906.

Planck, G.: Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch. IV. Band. Familienrecht. Erste Hälfte. Vierte Auflage. Berlin und Leipzig 1928.

Pritz I, Josef: Die elterliche Gewalt, insbesondere die der Mutter nach dem Bürgerlichen Gesetzbuch, Zeitschrift für das Notariat in Bayern Band 2 (München 1901) S. 53—64.

Protokolle der Kommission für die zweite Lesung des Entwurfs des bürgerlichen Gesetzbuchs. Band IV. Familienrecht. Berlin 1897.

Rothe, Georg: Die elterliche Gewalt der Mutter nach dem Bürgerlichen Gesetzbuch. Dissertation Erlangen. Berlin 1905.

Reichsgerichtsräte kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch. IV. Band. Familienrecht. Berlin und Leipzig 1928.

Salinger: Die Mutter nach dem Bürgerlichen Gesetzbuche, Zentralblatt für freiwillige Gerichtsbarkeit, II. Jahrgang, S. 99—108.

Schlegelberger, Franz: Rechtsvergleichendes Handwörterbuch für das Zivil- und Handelsrecht des In- und Auslandes.
I. Band. Länderberichte. Berlin 1929.
II. Band. Berlin 1929.

Schmidt, Arthur B. in Hölders Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch. Vierter Band. Familienrecht. Erster Abschnitt. München 1907.

Stammler, Rudolf: Die Lehre von dem richtigen Rechte. Berlin 1902.
Staudinger-Engelmann: Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch. Vierter Band. Familienrecht. 1. Teil. 9. Auflage. München, Berlin und Leipzig 1926.
Staudinger-Engelmann: Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch. Vierter Band. Familienrecht. 2. Teil. 9. Auflage. München, Berlin und Leipzig 1926.
Steinmetz, S. R.: Das Verhältnis zwischen Eltern und Kindern bei den Naturvölkern, Zeitschrift für Sozialwissenschaft (herausgegeben von Julius Wolf), 1. Jahrgang, Berlin 1898, S. 607—631.
Südmersen, Wilhelm: Die elterliche Gewalt der Mutter nach dem BGB. Dissertation Greifswald 1917.
Tomforde, Hans: Das Recht des unehelichen Kindes und seiner Mutter im In- und Ausland. Langensalza 1924.
Verhandlungen des 19. Deutschen Juristentages, 2. und 3. Band. Berlin und Leipzig 1888.
Walsmann, Hans: Der Verzicht. Leipzig 1912.
Weber, Marianne: Ehefrau und Mutter in der Rechtsentwicklung. Tübingen 1907.
Weißweiler, J.: Die Ausübung der elterlichen Gewalt und die Stellung des Beistandes. Hannover und Berlin 1900.
Wetzel, Paul: Die Verweigerung der ehelichen Gemeinschaft, Archiv für Bürgerliches Recht Band 26, S. 54—148.
Wolff, Franz: Rechtsstellung der unehelichen Kinder im BG. und ihre Reform. Stuttgart und Berlin 1918.
Die Zivilgesetze der Gegenwart.
Band I. Frankreich. code civil. Erste Hälfte. Herausgegeben von Karl Heinsheimer, Martin Wolff, Erich Hans Kaden, Walther Merk. München, Berlin, Leipzig 1928.
Band III. Brasilien. Codigo Civil. Herausgegeben von Karl Heinsheimer. Mannheim, Berlin, Leipzig 1928.
Band VI. Das Zivilrecht in der Sowjetunion. I. Abteilung. Erste Lieferung. Herausgegeben von Heinrich Freund. Mannheim, Berlin, Leipzig 1927.
Zusammenstellung der gutachtlichen Äußerungen zu dem Entwurf eines bürgerlichen Gesetzbuchs, gefertigt im Reichs-Justizamt. Band IV. Äußerungen zum Familienrecht. Berlin 1890.

Entscheidungssammlungen, Zeitschriften.

Entscheidungen des Reichsgerichts in Zivilsachen Bd. 55, S. 419; Bd. 92, S. 288.
Rechtsprechung der Oberlandesgerichte von Mugdan und Falkmann Bd. 21, S. 260 (Beschluß des OLG. Hamburg vom 25. 10. 1909 und Beschluß des Kammergerichts vom 22. 12. 1909); Bd. 10, S. 288; Bd. 7, S. 73; Bd. 18, S. 277; Bd. 5, S. 187; Bd. 1, S. 277, 278; Bd. 11, S. 297.
Juristische Wochenschrift, herausgegeben vom Deutschen Anwaltsverein 1914, 198 14; 1903, Beil. S. 146 317; 1902, Beil. S. 207 (RG. vom 23. 12. 01); 1903 Beil. S. 82 Nr. 190; 1919 S. 287 ff.
Deutsche Juristenzeitung, herausgegeben von Laband, 1905, S. 693.
Gruchots Beiträge zur Erläuterung des deutschen Rechts Bd. 53, S. 700; Bd. 50, S. 1001.

Gliederung.

Seite

1. Teil: I. Einführung der elterlichen Gewalt durch das Bürgerliche Gesetzbuch 1- 4

II. Wesen und Inhalt der elterlichen Gewalt 4-11

III. Allgemeines über die elterliche Gewalt der Mutter . 12-14

2. Teil: IV. Das Personensorgerecht der Mutter

1. neben dem Vater 15-22
2. neben dem Vormunde oder Pfleger während der Ehe und nach Auflösung derselben 22-27
3. nach Scheidung der Ehe 27-34

V. Die elterliche Gewalt der Mutter

1. nach dem Tode des Vaters und infolge seiner Todeserklärung 34-41
2. nach Verwirkung der elterlichen Gewalt durch den Vater und Auflösung der Ehe 41-44
3. bei Nichtigkeit der Ehe, wenn der Vater allein bösgläubig war 45

VI. Die Ausübung der elterlichen Gewalt durch die Mutter

1. bei tatsächlicher Verhinderung des Vaters . . . 46-51
2. bei dem Ruhen der Gewalt des Vaters 51-53

3. Teil: VII. Das Personensorgerecht der Mutter des unehelichen Kindes 54-58

VIII. Die elterliche Gewalt der Adoptivmutter 58-62

Schlußwort 63

1. Teil.

I. Einführung der elterlichen Gewalt durch das Bürgerliche Gesetzbuch.

Jede rechte Frau wird den Beruf als Hausfrau und Mutter am liebsten ausüben. Hier ist ihr ursprüngliches Gebiet. Hier können die ihr eigensten Kräfte am besten zur Entfaltung kommen. Dienerin ihres Mannes, ihrer Kinder, ihres Vaterlandes und dadurch Beherrscherin! Helferin, Trösterin, Fürsorgerin, Aufbauende im höchsten Sinne! Wer wollte den Reichtum der Mutter ermessen, die kein tieferes Glück, keine höhere Wonne kennt, als die Hingabe der eigenen Persönlichkeit für andere, das Aufgehen im Leben des Mannes, der Kinder und damit des Vaterlandes! Das Lebenswerk des Gelehrten und Künstlers reifte, weil die Frau ihm zur Seite stand, ihn ermunterte, Schwierigkeiten überbrückte durch gleichbleibende Liebe und Treue. Das Kind ward zum Jünglinge und Manne, der seinem Volke nützte, weil der Einfluß der Mutter ihm zugute kam, weil sie es verstanden hatte, in ihm die edelsten Kräfte zu wecken, ihn für das Gute und Wahre zu begeistern. Sie half ihm in seinem Streben, ein tüchtiger Mensch zu werden und der Menschheit zu nützen. Im Herzen der Tochter aber ward früh die Sehnsucht rege, der Mutter gleich zu werden. Leuchtend stand ihr ihr Bild vor Augen. Nur ein Ziel füllte ihr das Gemüt: wie die Mutter einst zu schaffen und wohlzutun. So wirkte diese zum Segen der Menschheit. Körper und Seele des Kindes und heranwachsenden Menschen überwachte sie mit Sorgfalt. In nie versagender Liebe teilte sie seine großen und kleinen Bekümmernisse und wies ihm die rechten Wege. Je schwieriger die einzelnen Lebensverhältnisse sich gestalteten, umso höhere Anforderungen stellten sie an das Können der Mutter. Sie selbst aber wurde größer und wuchs mit dem Zunehmen ihrer Aufgaben.

In gleicher Weise wächst auch der Mensch, der die Mutter achtet, wird größer wie das Volk, das der Mutter Wirken anerkennt und dies in seiner Gesetzgebung zum Ausdrucke bringt [1]). So war die

---

1) Vgl. auch Bachofen, Das Mutterrecht, Vorrede und Einleitung S. X: „Das Verhältnis, an dem die Menschheit zuerst zur Gesittung emporwächst, das der Entwicklung jeder Tugend, der Ausübung jeder edleren Seite des Daseins zum Ausgangspunkte dient, ist der Zauber des Muttertums".

Einführung der elterlichen Gewalt durch das Bürgerliche Gesetzbuch eine Forderung der Kultur, die auch schon lange vorher erkannt worden ist. Hugo Grotius verkündete bereits, daß beide Eltern, Vater und Mutter, Rechte gegen ihre Kinder erwerben[2]). Kant spricht von dem ursprünglich angeborenen, nicht angeerbten Rechte der Kinder auf ihre Versorgung durch beide Eltern[3]).

Mit den Worten: „die Mutter beiseite setzen, heißt auf ein Hauptelement und ein Hauptferment der Sittenkultur verzichten", befürwortet Kohler[4]) den Ausbau der Mutterrechte.

Die Auffassung, die nur eine väterliche, nicht auch mütterliche Gewalt kannte, mußte mit der geistigen Entwicklung des einzelnen Menschen, dem Fortschreiten der Kultur eines Volkes der neuen Anschauung, die sich für die Rechte der Mutter einsetzte, weichen. Im römischen und gemeinen Rechte erlangte die Mutter bestenfalls die Stellung als Vormund der Kinder und auch nur beim Tode des Vaters oder wenn dessen Gewalt niemals bestand. Dabei blieb sie von der Nutznießung am Kindesvermögen ausgeschlossen. Besser kannte eine Reihe deutscher Landesrechte[5]), bei denen die allgemeine Gütergemeinschaft galt, eine der väterlichen gleichgebildete mütterliche Gewalt, die die Mutter nach dem Tode des Vaters zur Vertretung des Kindes, sowie zur Verwaltung und Nutznießung seines Vermögens berechtigte.

Die Einführung der elterlichen Gewalt durch das Bürgerliche Gesetzbuch ist eine anerkennenswerte Tat, bei der indessen ein Stehenbleiben verfehlt sein würde, ein weiteres Fortschreiten in der Ausgestaltung der Mutterrechte in den verschiedenen Rechtslagen in und außer der Ehe aber geboten ist.

Hierbei handelt es sich nicht um eine eigentliche Frage der Frauenbewegung, sondern um die Anerkennung der besonderen Mutterrechte. In dem ihr eigenen Berufe soll die Mutter rechtlich anerkannt und zum Wohle der Familie und des Kindes von Schranken befreit werden, die sie an der Entfaltung ihrer besten Kräfte hindern. Insoweit aber, als die geänderte gesellschaftliche Lage der Frau fast alle Gebiete erschlossen hat, in denen der Mann tätig ist, und ihr damit auch die Erfüllung einzelner Gewaltpflichten erleichtert, berühren sich Frauenfragen mit den besonderen Fragen der Mutterrechte. Die Mutter ist zur Erfüllung der Gewaltrechte aber auch von sich aus ohne Erlernung eines bestimmten öffentlichen Berufes, Gewerbes oder sonstiger Kenntnisse befähigt.

---

2) Grotius, De jure belli ac pacis, lib. II, cap. V. I.

3) Kant, Metaphysische Anfangsgründe der Rechtslehre, 1. Teil, II. Hauptstück. § 28, S. 111 ff.

4) Verhandlungen des 19. Deutschen Juristentages Bd. 2, S. 226, 227.

5) Eine Anzahl bayrischer Statuten, wie auch weimarisches und hamburgisches Recht.

Sie ist die geborene Erzieherin. Das ist allenthalben auch von den Gegnern der Frauenbewegung anerkannt. Die Mutter weiß neben dem Vater am besten Bescheid in der Seele ihres Kindes. Sie vermag jeden Winkel darin auszuspähen und, wo es not tut, Licht in das Dunkel zu bringen.

Von jeher wird der Frau die Gabe des rascheren Sicheinfühlens in fremde Empfindungen und Geschicke nachgerühmt. Um wie vieles besser kennt sie sich aus in der Seele ihres Kindes! Zu allen Zeiten hat sie auch tatsächlich das rechtlich nur dem Vater zustehende Erziehungsrecht ausgeübt.

Sie ist aber auch als Verwalterin des Kindesvermögens geeignet. Die Vermögensunmündigkeit der Frau, die fragilitas sexus, beruht großenteils auf Einbildung und hergebrachten Sprüchen[6]). Die soziale Umgestaltung, die heutige Stellung der Frau im öffentlichen Leben zeugen davon.

Es ist nicht ein öffentliches Amt, durch das die Mutter fremde Geschäfte von außen her überwiesen erhält. Das kommt ihr zu Hilfe[7]).

Bei allem, was sie tut, kommt ihr ihre besondere Veranlagung zugute. Mögen hierzu Worte Fichtes sprechen!

Fichte[8]) führt folgendes aus: „Es läßt sich nicht behaupten, daß das Weib an Geistestalenten unter dem Manne steht; aber das läßt sich behaupten, daß der Geist beider von Natur einen ganz verschiedenen Charakter habe. Der Mann bringt alles, was in ihm und für ihn ist, auf deutliche Begriffe und findet es nur durch Raisonnement. Das Weib hat ein natürliches Unterscheidungsgefühl für das Wahre, Schickliche, Gute; nicht etwa, daß ihr dasselbe durch das bloße Gefühl gegeben werde, welches unmöglich ist, sondern daß, wenn sie es von außen bekommt, sie durch das bloße Gefühl, ohne deutliche Einsicht in die Gründe ihres Urteils leicht beurteilen könne: ob es wahr und gut sei oder nicht. Man kann sagen, der Mann muß sich erst vernünftig machen; aber das Weib ist schon von Natur vernünftig.

Das Weib ist sonach schon durch ihre Weiblichkeit vorzüglich praktisch, keineswegs aber spekulativ. In das Innere, über die Grenze ihres Gefühls hinaus eindringen kann sie nicht und soll sie nicht.“ Diese Beurteilung spricht zugunsten der Mutter.

Wo aber die Mutter, die rechte Mutter, bei Erfüllung ihrer Pflichten auf Schwierigkeiten stößt, so wird sie diese zu überwinden suchen. Sie, die von frühauf gewöhnt ist, alle Erfindungsgabe, die

---

6) Kohler a. a. O. S. 226, 227.

7) Motive zu dem Entwurf eines bürgerlichen Gesetzbuchs für das Deutsche Reich Bd. IV, S. 737.

8) Grundlage des Naturrechts, zweiter Teil oder angewandtes Naturrecht S. 223.

ihr Geist besitzt, zur Erhaltung und Verschönerung des fremden Daseins in fremde Dienste, ihres Mannes und ihrer Kinder zu stellen, wird nicht ruhen, den ihr auferlegten Pflichten nachzukommen.

Die Triebkraft aber, der große Schwung, der die Mutter zu allem ihren Handeln beseelt, ist ihre Liebe zum Kinde, zur Familie. Mutterliebe ist über alles erhaben. „Mutterliebe ist das Fundament der ältesten Organisation“ [9]).

II. Wesen und Inhalt der elterlichen Gewalt.

Das Bürgerliche Gesetzbuch hat den Begriff der elterlichen Gewalt eingeführt.

Schon der Entwurf gestaltete die elterliche Gewalt als vormundschaftliche Gewalt, d. h. als eine Schutzgewalt [10]). Im modernen Rechte ist die Person des Kindes in den Vordergrund gestellt [11]). Die elterliche Gewalt stellt sich dar als eine besonders geartete Vormundschaft. Schutz und Schirm für den minderjährigen Staatsbürger sind ihre Kennzeichen [12]).

Anders war im römischen Rechte nicht das Schutzbedürfnis des Kindes das beherrschende Moment, sondern das Recht des Familienvaters über seine Familie und damit auch das Recht über das Kind. Auch das deutsche Vaterrecht glich im Ursprunge dem römischen. „Eisig kalt weht uns an, was uns Sagen und andere Überreste aus der Urzeit unseres Volkes von dem Vaterrecht überliefern“ [13]). Im gemeinen Rechte und in den Landesrechten hatte sich jedoch die absolute Herrschaftsgewalt völlig gewandelt und zu einem Schutzrechte mit Pflichten für den Gewalthaber umgebildet. Dem entspricht der Begriff der elterlichen Gewalt im heutigen BGB.

Der Gewalthaber untersteht in gewissem Umfange der Aufsicht und Fürsorge des Vormundschaftsgerichtes (vgl. §§ 1630

---

9) Lippert, Die Geschichte der Familie S. 4.

10) Denkschrift zum Entwurf eines bürgerlichen Gesetzbuchs S. 327.

11) Vgl. Fohr, Die elterliche Gewalt nach dem Recht des Deutschen Reichs, Arch. f. d. ziv. Prax. Bd. 92, S. 378.

12) Vgl. Stammler, Die Lehre von dem richtigen Rechte S. 366, vgl. auch v. Buchka, Vergleichende Darstellung des Bürgerlichen Gesetzbuches für das Deutsche Reich und des gemeinen Rechts; Köhne, Elterliche Gewalt und Vormundschaft im Entwurf eines Bürgerlichen Gesetzbuchs, Gruch. Beitr. z. Erl. d. Deutschen Rechts, Jahrg. 40, S. 598; Fuld, Gutachten aus dem Anwaltstande S. 419 ff.; Lehmann, Familienrecht des Bürgerlichen Gesetzbuches S. 200, 201.

13) Heusler, Institutionen d. deutsch. Privatrechts Bd. 2, S. 431.

Abs. 2, 1640, 1643—1645, 1665—1672 BGB.). Darin zeigt sich der vormundschaftliche Charakter der elterlichen Gewalt. Das Gesetz stellt aber mit Rücksicht auf das nahe Verhältnis, wie es zwischen Eltern und Kindern besteht, den Gewalthaber wesentlich freier als den Vormund. Die elterliche Gewalt ist Ausfluß eines natürlichen und sittlichen Verhältnisses, ein Recht „von Gottes Gnaden“[14]), das sich auf gegenseitige Liebe und gegenseitiges Vertrauen gründen soll. Das Gesetz hat deshalb insbesondere die Vertretungsmacht des Gewalthabers weniger beschränkt als die des Vormundes (vgl. § 1643 im Zusammenhange mit den §§ 1812, 1814 ff., 1819 ff. BGB.). Ein Gegenvormund wird nicht bestellt. Der Gewalthaber untersteht auch nicht der regelmäßigen Aufsicht des Vormundschaftsgerichtes. Für ihn gelten nicht die der Durchführung jener Aufsicht bestimmten Vorschriften (§§ 1837—1846 BGB.). Er ist befreit von der Sicherheitsleistung und von der Verpflichtung, Rechenschaft abzulegen[15]). Außerdem hat er, wie näher auszuführen ist, das Recht der Nutznießung am Kindesvermögen, das dem Vormunde nach dem Gesetze nicht zukommt.

Die elterliche Gewalt dauert solange, als das Kind minderjährig ist. Sie hört auf, sobald das Kind 21 Jahre alt ist oder sobald es für volljährig erklärt ist. Über volljährige Kinder gibt es keine elterliche Gewalt, und zwar zum Unterschiede vom Schweizer Rechte auch dann nicht, wenn dieselben wegen Geisteskrankheit oder sonst der vormundschaftlichen Fürsorge bedürftig sind. In diesem Falle müssen die Kinder einen Vormund erhalten. Nach Art. 273 Abs. 2 des schweizerischen ZGB. verbleiben sie unter der elterlichen Gewalt, wenn die zuständige Behörde es nicht für angezeigt erachtet, ihnen einen Vormund zu bestellen.

Das Gesetz kennt eine elterliche Gewalt nur über eheliche Kinder. Doch finden die §§ 1634, 1635, 1684, 1685, auch 1698 BGB., bei denen die Gewaltrechte der Mutter zur Geltung kommen, nur Anwendung für die nach § 1591 BGB. ehelichen und die durch nachfolgende Ehe nach § 1719 BGB. legitimierten unehelichen, sowie die nach § 1757 Abs. 2 BGB. gemeinschaftlich angenommenen Kinder, ferner für die Kinder aus nichtigen Ehen, bei denen beide Eltern den Grund der Nichtigkeit bei Eingehung der Ehe nicht kannten. Dagegen kommen die oben erwähnten Paragraphen für die durch Ehelichkeitserklärung nach § 1736 BGB. legitimierten unehelichen Kinder nicht in Betracht. Denn bei diesen letztgenannten Kindern kann eine elterliche Gewalt der Mutter niemals eintreten.

Der elterliche Gewalthaber hat Rechte und Pflichten.

---

14) André, Verträge zwischen Eltern über die Erziehung ihrer Kinder S. 21.

15) Planck, Kommentar zum Bürgerlichen Recht. Vierter Band, Vorbem. 1 Abs. 2 zu § 1626.

Die gesamte Schutztätigkeit, die er im Interesse des Kindes zu entfalten hat und zu deren Ausübung er berechtigt, wie auch verpflichtet ist, bezeichnet das Gesetz mit dem Ausdrucke Sorge[16]).

Diese zerfällt ihrem Gegenstande nach in eine solche für die Person und in eine solche für das Vermögen des Kindes. Innerhalb der Personenfürsorge unterscheidet man ferner zwischen tatsächlicher Fürsorge und Fürsorge nach der rechtlichen Seite hin, der Vertretung.

Zur tatsächlichen Fürsorge für die Person gehört vor allem das Recht und die Pflicht, das Kind zu erziehen und zu beaufsichtigen.

Der Begriff der Erziehung ist gegenüber dem der Beaufsichtigung der weitere[17]).

Die Erziehung ist die wichtigste Seite der Personensorge. Nach den Motiven[18]) begreift sie im allgemeinen das Recht und die Pflicht, in einer den Interessen, den Fähigkeiten und Anlagen, sowie den sonstigen Verhältnissen des Kindes entsprechenden Weise für die körperliche, geistige und sittliche Ausbildung des Kindes zu sorgen, es zu einem bestimmten Lebensberufe fähig zu machen und zur Erreichung dieser Ziele überhaupt die Handlungen des Kindes zu leiten. Genau genommen fällt die reine Körperpflege nicht unter den Begriff der Erziehung, wohl aber unter die tatsächliche Fürsorge. Erziehung ist alles Geistige, mag dieses auch in der Gewohnheit guter Pflege des Körpers zum Ausdrucke kommen[19]). Erziehung ist die seelische Einwirkung auf das Kind zum Zwecke der Charakter- und Geistesbildung.

Auch die Berufswahl gehört hierhin.

Der Erziehungsberechtigte bestimmt ferner, in welcher Religion das Kind erzogen werden soll.

Während nach früherem Rechte nach Art. 134 EGBGB. die Landesgesetze zu entscheiden hatten, in welcher Religion ein Kind zu erziehen sei, und weiter darüber bestimmten, ob der Gewalthaber anordnen könne, in welchem Glaubensbekenntnisse das minderjährige Kind erzogen werden soll, bestimmt nach § 1 des Gesetzes über die religiöse Kindererziehung über die religiöse Erziehung eines Kindes die freie Einigung der Eltern, soweit ihnen das Recht

---

16) Breit, Beiträge zur Lehre von der gesetzlichen Vertretung, Seufferts Blätter für Rechtsanwendung Bd. 73, S. 883.

17) Clara Eck, Die elterliche Gewalt im BGB., Archiv für Bürgerliches Recht Bd. 41, S. 40; vgl. auch Riedel in DJZ. 1905 S. 693 und Mayr, Die Aufsichtspflicht der Eltern nach dem BGB., Seufferts Blätter für Rechtsanwendung Bd. 71, S. 110.

18) IV S. 750.

19) Kipp, Lehrbuch des Bürgerlichen Rechts, Familienrecht, § 79 I 2.

und die Pflicht der Sorge über die Person des Kindes zusteht[20]). Hierbei ist zu bemerken, daß dem Kinde nach Vollendung des 14. Lebensjahres die selbständige Entschließung darüber zusteht, zu welchem Bekenntnisse es sich halten will (§ 5 des genannten Gesetzes). Hat das Kind das 12. Lebensjahr vollendet, so kann es nicht gegen seinen Willen in einem anderen Bekenntnisse als bisher erzogen werden. Über Streitigkeiten aus diesem Gesetze entscheidet das Vormundschaftsgericht, das von Amts wegen nur in den Fällen des § 1666 BGB. einzuschreiten hat.

Kraft der elterlichen Gewalt darf der Erziehungsberechtigte Zuchtmittel anwenden, um die in Ausübung der Erziehungspflicht getroffenen Anordnungen durchzuführen (§ 1631 Abs. 2 BGB.).

Auf ihren Antrag hat das Vormundschaftsgericht die Eltern durch Anwendung geeigneter Zuchtmittel zu unterstützen (§ 1631 Abs. 2 BGB.)[21]). Als solche Mittel kommen namentlich die gerichtliche Verwarnung des Kindes und die Unterbringung in eine Erziehungs- oder Besserungsanstalt in Betracht[22]).

Unter den Begriff der Sorge für die Person fällt weiter die Aufenthaltsbestimmung für das Kind. So bestimmt z. B. der Vater den Aufenthalt bei einem bestimmten Meister, in einer bestimmten Erziehungsanstalt.

Die tatsächliche Sorge für die Person des Kindes umfaßt ferner das Recht, die Herausgabe des Kindes von jedem zu verlangen, der es den Eltern widerrechtlich vorenthält (§ 1632 BGB.). Dies wird von Bedeutung im Falle der Entführung des Kindes, aber auch dann, wenn die Ehe geschieden ist und dabei einer der Ehegatten oder beide zugleich für schuldig erklärt worden sind[23]).

Bemerkenswert an dieser Stelle meiner Ausführungen sind die Bestimmungen in den Rechten der Sowjetrepubliken. Nach diesen kann das Gericht den Verbleib der Kinder bei den Personen anordnen, die sie ihren Eltern vorenthalten. Das Gericht braucht

---

20) Die religiöse Kindererziehung ist für das ganze Reich einheitlich geregelt durch das nach § 11 des Gesetzes und Verordnung vom 8. 9. 21 (Reichsgesetzblatt 1263) in Preußen am 1. 10. 21, im übrigen Reiche am 1. 1. 22 in Kraft getretene Gesetz über die religiöse Kindererziehung vom 15. 7. 21 (RGBl. S. 939 ff.); durch dessen § 8 sind alle abweichenden Bestimmungen der Landesgesetze, sowie Art. 134 EGBGB. ausdrücklich aufgehoben (vgl. Engelmann, Das Reichsgesetz über die religiöse Kindererziehung vom 15. Juli 1921 S. 4 ff.).

21) Die Bestimmung der dem Vormundschaftsgerichte zu Gebote stehenden Zuchtmittel ist den Landesgesetzen überlassen (Mot. IV S. 752).

22) Vgl. hierzu die fesselnden Nachweise über die wechselnden Erziehungsformen bei den Naturvölkern von Steinmetz: Das Verhältnis von Eltern und Kindern bei den Naturvölkern, Zeitschrift für Sozialwissenschaft, 1. Jahrgang, S. 607—631.

23) Vgl. hierüber im einzelnen IV unter 2 meiner Ausführungen.

dem Rückgabeverlangen (im Klagewege) der Eltern nicht zu entsprechen. Es kann auch die Kinder anderweitig unterbringen oder für sie einen Vormund bestellen (vgl. im einzelnen Art. 44 des russischen Ehegesetzes vom 19. Nov. 1926, Art. 18 S. 2 des ukrainischen Familiengesetzes vom 24. Nov. 1926 und Art. 53 Abs. 1 S. 2 des weißrussischen Ehegesetzes vom 27. Jan. 1927). Diese Anordnungen können für das Kind von Segen sein.

Unter den Begriff der tatsächlichen Fürsorge fällt ferner die Pflege bei Krankheiten, sowie die Fürsorge in den Fällen, in denen, wie z. B. bei blödsinnigen Kindern von Erziehung nicht gesprochen werden kann. Ebenso gehört hierher die durch das Reichsgesetz vom 8. April 1874 in den §§ 12, 14 den Eltern auferlegte Pflicht, für die Impfung zu sorgen, die Geburt des Kindes beim Standesamte anzuzeigen, sowie die Pflicht der Vornamenserteilung[24]).

Außer den Vorschriften im Bürgerlichen Gesetzbuche, die die Zugehörigkeit gewisser Handlungen zu der einen oder anderen Art der Fürsorge bestimmen, finden sich in der Zivilprozeßordnung, sowie in dem Gesetze über die Angelegenheiten der freiwilligen Gerichtsbarkeit Bestimmungen, die in erster Linie die Person, aber auch zugleich das Vermögen des Kindes mitbetreffen. Diese Bestimmungen gelten ausdrücklich für den gesetzlichen Vertreter, dem die Sorge für die Person zusteht und sind sonach als Regelungen der persönlichen Fürsorge anzusehen[25]). Hierhin gehören der Antrag auf Entmündigung (§§ 646, 653, 660, 676, 680 ZPO.), der Antrag auf Wiederaufhebung der Entmündigung (§§ 675, 685 ZPO.), die Aufhebungsklagen (§§ 679, 686 ZPO.), sowie der Antrag auf Volljährigkeitserklärung (§ 56 FGG.). Unter die Sorge für die Person fallen weiter die Einwilligung zur Begründung und Aufhebung des Wohnsitzes (§ 8 BGB.), ferner alle im persönlichen Eherechte auftretenden Rechtshandlungen des gesetzlichen Vertreters: die Einwilligung zur Eheschließung (§ 1304 BGB.), die Anfechtung der Ehe, soweit hierzu überhaupt der gesetzliche Vertreter befugt ist (§§ 1331, 1336 BGB.), und im gleichen Umfange die Durchführung des Scheidungsverfahrens (§ 612 ZPO.), ferner das Recht, die Beschränkung oder Ausschließung der Schlüsselgewalt aufzuheben (§ 1357 BGB.). (Vgl. auch die Bestimmungen der §§ 1595 ff., 1728 Abs. 2, 1729, 1731, 1751, 1755, BGB.)[26]).

Soweit über die Sorge für die Person.

Die Sorge für das Vermögen des Kindes, die Vermögensverwaltung, berechtigt und verpflichtet den Gewalthaber, das Vermögen des Kindes zu verwalten.

---

24) Planck a. a. O., Bem. 2 Abs. 2 zu § 1627; s. auch wegen der Pflicht zur Vornamenserteilung § 22 Abs. 1 Nr. 4 des Personenstandsgesetzes.

25) Breit a. a. O. S. 884.

26) Breit a. a. O.

Der Gewalthaber hat das Kindesvermögen zu erhalten und zu vermehren.

Er kann kraft der elterlichen Gewalt in allen Fällen, in denen er nicht ausdrücklich an die Genehmigung des Vormundschaftsgerichtes gebunden ist, über das Kindesvermögen frei verfügen. So darf er bewegliche Sachen aller Art veräußern, über Forderungen, seien es einfache Forderungen oder auch Hypotheken, Grund- oder Rentenschulden, sowie über Wertpapiere des Kindes durch Abtretung oder Verpfändung verfügen. Der Gewalthaber kann ferner ohne gerichtliche Genehmigung einen Vergleich oder einen Erbteilungsvertrag abschließen, es sei denn, daß darin die Veräußerung eines Grundstückes verlautbart oder eine der Bestimmungen der §§ 1821 Abs. 1 Nr. 1—3, Abs. 2, 1822 Nr. 1, 3, 5, 8—11 BGB. verletzt wird. Gerichtlicher Genehmigung bedarf er ferner nicht zum Abschlusse eines Pachtvertrages über ein Landgut oder einen gewerblichen Betrieb, weiter eines Lehrvertrages, auch wenn er für längere Zeit als ein Jahr abgeschlossen wird, sowie eines auf Eingehung eines Dienst- oder Arbeitsverhältnisses gerichteten Vertrages, auch wenn das Kind zu persönlichen Leistungen für länger als ein Jahr verpflichtet werden soll. Dagegen bedarf er der vormundschaftlichen Genehmigung insbesondere zur Veräußerung und Belastung von Grundstücken, sowie zur Verfügung über Rechte an Grundstücken, soweit diese nicht in Hypotheken, Grundschulden oder Rentenschulden bestehen, ferner zu Miet- und Pachtverträgen, die länger als ein Jahr über die Vollendung des 21. Lebensjahres des Kindes dauern, zur Aufnahme von Geld auf den Kredit des Kindes usf. (vgl. hierüber die Bestimmungen in den §§ 1821 Abs. 1 Nr. 1—3, Abs. 2, 1822 Nr. 1, 3, 5, 8—11 BGB.).

Das seiner Verwaltung unterliegende Geld darf der Gewalthaber ferner nur mit Genehmigung des Vormundschaftsgerichtes unter der Verpflichtung des Ersatzes in seinem Nutzen verwenden.

Auch die Geschäfte des Erbrechtes, soweit von diesen solche für das Kind in Betracht kommen, gehören hierher, z. B. die Annahme und Ausschlagung einer Erbschaft (§§ 1942 ff. BGB.), die Anfechtung letztwilliger Verfügungen (§§ 2078 ff. BGB.), die Zustimmung zum Abschlusse eines Erbvertrages (§ 2275 Abs. 2 BGB.) und die Anfechtung eines solchen Vertrages (§ 2282 Abs. 2 BGB.), der Abschluß eines Erbverzichtsvertrages (§ 2347 BGB.) usf.[27]).

In gleicher Weise wie bei der Personensorge Handlungen, die in erster Linie die Person des Kindes, zugleich aber auch sein Vermögen betreffen, gibt es auch Handlungen bei der Vermögensverwaltung, die zunächst zur Sorge für das Vermögen gehören, dann aber doch auch auf die persönlichen Lebensverhältnisse des Kindes einwirken. So fällt z. B. der Antrag auf Eröffnung des Konkurses

27) Breit a. a. O. S. 885.

unter die Vermögensverwaltung. Wird der Konkurs eröffnet, so knüpfen sich gleichwohl hieran eine Anzahl persönlicher Beschränkungen für den Gemeinschuldner[28]).

Zur tatsächlichen Fürsorge für die Person und das Vermögen gehört ferner nach § 1777 BGB. die Befugnis des Gewalthabers, durch letztwillige Verfügung für das Kind einen Vormund zu benennen. Und zwar werden die Anordnungen des Vaters beim Tode der Mutter wirksam, nicht aber, solange sie lebt[29]). Diese Bestimmung ist segensreich.

Außer der Personensorge und der Vermögensverwaltung hat der elterliche Gewalthaber anders als der Vormund auch noch das Recht der Nutznießung am Kindesvermögen. Dieses ist geschichtlich begründet. Ein väterliches Nutznießungsrecht bestand nach dem im größten Teile Deutschlands geltenden Rechte. Für die Beibehaltung der Nutznießung sprechen insbesondere innere Gründe. Der Gewalthaber soll die Einkünfte des Kindesvermögens zwar in erster Linie im Interesse des Kindes, dann aber auch für den Hausstand verwenden. Ist das Kind vermögender als die Eltern, so würde es mit einer vernünftigen, dem Kinde zuträglichen Erziehung unvereinbar sein, wenn das Kind beispielsweise seinem Reichtume, die Eltern aber ihrer Armut entsprechend lebten. So ist es recht und billig, daß die Wohltaten, die dem Kinde vermöge seines Reichtums zukommen, auch entsprechend den anderen Gliedern der Familie zufließen.

Grundsätzlich hat der Gewalthaber die Nutznießung am ganzen Kindesvermögen. Ausgeschlossen hiervon ist nur das freie Kindesvermögen (§ 1650). (Vgl. hierüber §§ 1650, 1651 BGB.)

Das Nutznießungsrecht ist im wesentlichen ebenso geregelt wie die Nutznießung des Mannes am eingebrachten Gute der Frau. Auch hier gelten für den Erwerb und den Umfang der Nutzungen die Bestimmungen des Nießbrauches (§ 1652 BGB.). Die Regelung der Lastentragung, sowie der Haftung ist die gleiche (vgl. im einzelnen § 1654 verb. §§ 1384—1386, 1388 BGB.).

Beide Sorgetätigkeiten, die Personensorge, wie die Vermögensverwaltung, umfaßt die Vertretung des Kindes. Sie bildet einen Teil der gesamten Fürsorgetätigkeit, ist aber, wie bereits erwähnt, zu trennen von der tatsächlichen Personensorge. Dies ist wichtig insoweit, als eine zur tatsächlichen Fürsorge berechtigte Person von der Vertretung ausgeschlossen sein kann. So hat beispielsweise der Ehemann für seine minderjährige Frau die tatsächliche Fürsorge, während die gesetzliche Vertretung in ihren persönlichen Angelegenheiten dem elterlichen Gewalthaber verbleibt (§ 1633 BGB.)[30]).

28) Breit a. a. O., sowie die weiteren Ausführungen daselbst.

29) Jastrow, Das Recht der Frau S. 131.

30) Vgl. auch Fischer-Henle, Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch, Bem. 1 und 2 zu § 1633.

Anders und besser bestimmt das Schweizer Recht in Art. 14 Abs. 2 ZGB., daß Heirat mündig macht. Auch das schwedische Gesetz über eheliche Kinder vom 11. Juni 1920 (§ 2) entläßt das Kind beim Eintritte in die Ehe aus der Obhut der Eltern.

Bei der Sorge für das Vermögen wiederum gibt es keine Trennung zwischen Berechtigung zur Vertretung und tatsächlicher Fürsorge. Es kann wohl eine Teilung der Fürsorge nach einzelnen Geschäften hin eintreten, wenn z. B. das Vormundschaftsgericht den einzelnen unter mehreren Vormündern bestimmte Wirkungskreise zuweist oder dem Beistande nach § 1693 BGB. die Vermögensverwaltung teilweise überträgt oder auch das Kind selbst innerhalb des Rahmens der §§ 112, 113 BGB. zur Verwaltung berechtigt ist. Im allgemeinen aber ist für alle Sorgeangelegenheiten, sei es Vertretung oder tatsächliche Fürsorge, der berechtigt, dem innerhalb eines bestimmten Umfanges die Vermögensverwaltung zusteht[31]).

Unter der Vertretung selbst ist jede Handlung zu verstehen, die für die Person oder das Vermögen des Kindes rechtlich von Bedeutung ist. Auch die bloße Zustimmung zu einer Handlung des Kindes ist Vertretung. Diese geht über den Begriff der allgemeinen Vertretung nach den §§ 164—181 BGB. hinaus[32]).

Die elterliche Gewalt ist pflichtgemäß und mit der Sorgfalt auszuüben, die der Gewalthaber in eigenen Angelegenheiten anzuwenden pflegt (§§ 1664, 1686 BGB.).

Kommen die Eltern ihren Verpflichtungen gegenüber dem Kinde nicht nach oder mißbrauchen sie die Gewalt, so hat das Vormundschaftsgericht die zum Schutze der Kinder notwendigen Maßnahmen zu treffen. Es kann dem Gewalthaber einzelne Rechte entziehen (§§ 1666, 1670 BGB.), ihn verwarnen, der Mutter einen Beistand bestellen, insbesondere auch das Kind zum Zwecke der Erziehung in einer geeigneten Familie oder Erziehungsanstalt unterbringen lassen.

Abgesehen von der Bestimmung, wonach der Mutter ein Beistand beigeordnet werden kann, ist die elterliche Gewalt der Mutter der des Vaters gleich. Das Gesetz hat den Inhalt der elterlichen Gewalt des Vaters festgelegt und bestimmt, daß auf die elterliche Gewalt der Mutter dieselben Vorschriften Anwendung finden (§ 1686 BGB.). Der Vater ist aber als Gewalthaber der Mutter gegenüber bedeutend besser gestellt.

Dies soll zunächst zu einer Betrachtung der elterlichen Gewalt der Mutter im allgemeinen führen, sodann soll von den der Mutter im einzelnen zustehenden Rechten die Rede sein.

---

31) Breit a. a. O. S. 889.
32) Breit a. a. O.

III. Allgemeines über die elterliche Gewalt der Mutter.

Das Bürgerliche Gesetzbuch spricht von einer elterlichen Gewalt, die ihrem Wesen nach grundsätzlich beiden Eltern gemeinschaftlich zusteht. Dem Begriffe der elterlichen Gewalt würde es nun entsprechen, wenn beide Eltern die Gewalt gleichzeitig ausübten[33]).

Dies ist aber nicht der Fall. Die elterliche Gewalt erlangt die Mutter erst nach dem Tode des Vaters, wenn er für tot erklärt wird oder die elterliche Gewalt verwirkt hat und die Ehe aufgelöst ist. Während der Ehe hat die Mutter neben dem Vater nur einen Anteil an der elterlichen Gewalt: das Personensorgerecht. Die elterliche Gewalt als eine Einheit von Befugnissen steht ihr nicht zu. Einen Anteil an der elterlichen Gewalt, das Personensorgerecht, hat die Mutter ferner unter bestimmten Voraussetzungen neben dem Vormunde oder Pfleger, sowie nach der Scheidung der Ehe.

Von bloßer Ausübung der elterlichen Gewalt spricht das Gesetz endlich da, wo der Vater tatsächlich verhindert ist oder seine Gewalt ruht. In diesem Falle ist die Mutter nicht Inhaberin der Gewalt, sondern übt sie nur aus.

Nach dieser vom Gesetze getroffenen Regelung kann im folgenden auch nur dann von der elterlichen Gewalt der Mutter gesprochen werden, wenn ihr die Summe der Rechte, die die elterliche Gewalt bilden, in Wirklichkeit zusteht.

Da das Personensorgerecht der Mutter nur ein Teil der elterlichen Gewalt ist, so kann dieses nicht als besondere Erscheinungsform der elterlichen Gewalt angesprochen werden. Ebenso läßt sich die bloße Gewaltausübung nicht als besondere Art der Gewalt darstellen.

Es ist deshalb unrichtig, von verschiedenen Erscheinungs- oder Hauptformen, wie Planck[34]) es tut, oder von einer Haupt- und Nebengewalt, wie sie Dernburg[35]), ähnlich Endemann[36]) unterscheiden, zu sprechen. Dem Teile entspricht nicht das Ganze. Die Ausdrucksweise des Gesetzes selbst läßt hieran an Klarheit nichts zu wünschen übrig.

So bestimmt das Gesetz, daß der Mutter des unehelichen Kindes (§ 1707 BGB.), der geschiedenen Mutter (§ 1635 BGB.) und der, die eine neue Ehe eingeht (§ 1697 BGB.), die elterliche Gewalt nicht zusteht, wohl aber ein Personensorgerecht.

---

33) Gierke, Gutachtliche Äußerungen zu dem Entwurf eines bürgerlichen Gesetzbuchs, Bd. 4, S. 382.

34) a. a. O., Vorbem. I vor § 1684.

35) Deutsches Familienrecht, § 83 III unter 1 u. 2.

36) Lehrbuch des Bürgerlichen Rechts, II, § 204 unter 2 und 3.

Blume[37]) vertritt zwar die Ansicht, daß die elterliche Gewalt beiden Eltern nicht nur dem Wesen, sondern auch der Form nach gemeinschaftlich zustehe. Er beruft sich auf die Bestimmung für geschiedene Eltern, wonach ein Teil kraft der elterlichen Gewalt die Sorge für die Person, der andere die für das Vermögen erhält. Die einzelne Befugnis entspricht aber auch hier nicht dem Ganzen. Blumes Ansicht geht ferner auch insoweit fehl, als er die Bestimmungen über das Ruhen der Gewalt für das Bestehen einer gemeinsamen elterlichen Gewalt auch der Form nach für entscheidend hält. Seine Ausführungen, die Mutter übe die elterliche Gewalt kraft eigenen Rechtes und nicht die Gewalt des Vaters aus, da diese ruhe, sind wohl zutreffend, doch ist die Mutter auch in diesem Falle nicht Inhaberin der Gewalt, sondern übt sie nur aus. Sie hat die volle Gewalt nicht einmal der Ausübung nach. Denn die Nutznießung verbleibt dem Vater, sofern nicht nach Auflösung der Ehe die Mutter nach § 1685 Abs. 2 BGB. die Übertragung der Ausübung der Gewalt beantragt. Ferner verliert die Mutter „ihre eigene Gewalt" sofort mit dem Wegfalle des Grundes des Ruhens der Gewalt des Vaters. Eine der Form nach gemeinsame Elterngewalt besteht hiernach nicht. Rothe[38]) will zum mindesten zu einem theoretisch befriedigenden Ergebnisse dadurch gelangen, daß er eine scharfe Durchführung der vom Gesetze selbst aufgestellten Unterscheidung der elterlichen Gewalt (der Zuständigkeit nach) von ihrer Ausübung empfiehlt[39]). Er will zu folgender Formulierung kommen: Beide Eltern haben die elterliche Gewalt der Zuständigkeit nach; während jedoch der Vater seine Gewalt in vollem Umfange auszuüben berechtigt ist, steht der Mutter bei Lebzeiten des Vaters eine volle Ausübung ihrer Gewalt grundsätzlich nicht zu, wohl aber eine teilweise; nach dem Tode übt sie ihre Gewalt in vollem Umfange aus. — Diesen Ausführungen ist aber entgegenzuhalten, daß praktisch die Gewalt nur dem zusteht, der sie auch ausüben kann. Solange dies nicht der Fall ist, ist er auch nicht der Gewalthaber[40]).

So kann man wohl sagen, daß der Ausdruck des Gesetzes nicht glücklich ist. Dies ist auch im Schrifttum allenthalben bemängelt worden.

Gierke[41]) rügt, daß der Entwurf von seinem individualistischen Standpunkte aus die elterliche Gewalt ihrem Namen zum Trotze als ein besonderes Recht des einen oder anderen Elternteiles

---

37) a. a. O., Vorbem. 2 vor § 1626.

38) a. a. O. S. 11.

39) Vgl. auch Südmersen, Die elterliche Gewalt der Mutter nach dem BGB. S. 14.

40) Clara Eck a. a. O. S. 153.

41) Entwurf eines bürgerlichen Gesetzbuchs S. 469.

behandle und die mütterliche Gewalt als eine erst mit dem Wegfalle der väterlichen Gewalt entstehende einseitige Machtvollkommenheit konstruiere, statt dem Wesen des deutschen Hauses entsprechend die elterliche Gewalt als ein gemeinschaftliches Elternrecht aufzufassen, das sich in der väterlichen Gewalt, solange eine solche bestehe, vorzugsweise darstelle, jedoch Raum für eine neben der väterlichen Gewalt in sekundärer Weise wirksame mütterliche Gewalt biete und beim Wegfalle der väterlichen Gewalt sich in dieser mütterlichen Gewalt konsolidiere. Pfaff[42]), dem Drechsler[43]) beistimmt, geht gleichfalls davon aus, daß dem Entwurfe die Auffassung der elterlichen Gewalt als eines gemeinschaftlichen Elternrechtes zugrunde liege, ist aber der Ansicht, daß zu dieser Auffassung, die sich aus einer ganzen Reihe von Rechtssätzen ergebe, die Fassung im Gesetze nicht passe. Ebenso spricht Jastrow[44]) von der „Ausschließung der Mutter bei Lebzeiten des Vaters" und der „wenig glücklichen Ausdrucksweise des Gesetzgebers". Gehring[45]) äußert sich dahin, daß es eine zwar juristisch gemeinte, aber inhaltlose Bezeichnung darstelle, wenn man bei Lebzeiten der Eltern von einer Gemeinschaftlichkeit der elterlichen Gewalt durch Vater oder Mutter spreche, da die letztere sich infolge der Prärogative des Vaters nicht auswirken könne. Auch Klöppel[46]) ist der Ansicht, daß eine formell gemeinschaftliche Elterngewalt nicht bestehe, wenn er ausführt: „Über das eheliche minderjährige Kind steht dem Vater und nach dessen Tode der Mutter die elterliche Gewalt zu"[47]).

Alle diese Bemerkungen sind zutreffend. Doch ist demgegenüber nicht zu verkennen, daß die Mutter neben dem Vater sachlich in bedeutendem Maße, wie dies noch auszuführen ist, an der elterlichen Gewalt beteiligt ist. Denn sie hat den wichtigsten Teil der elterlichen Gewalt: das Personensorgerecht.

---

42) Verhandlungen des 19. Deutschen Juristentages, 2. Bd., S. 210 ff.

43) Verhandlungen des 19. Deutschen Juristentages, Bd. 3, S. 133 ff.

44) a. a. O. S. 97.

45) Elterliche Personengewalt und Vertrag nach BGB., Rechtswissenschaftliche Studien, Heft 9, S. 21, 22.

46) Gutachten aus dem Anwaltstande S. 1470.

47) In gleicher Weise Pritzl, Zeitschrift für das Notariat in Bayern S. 60, der bemerkt: „Nach dem Vater steht die elterliche Gewalt der Mutter zu"; vgl. ferner Marie Munk, Die elterliche Gewalt und ihre Reform, JW. 1925 I, S. 309, dieselbe, Vorschläge zur Umgestaltung des Rechts der Ehescheidung und der elterlichen Gewalt S. 38; Rothe a. a. O. S. 10; Clara Eck a. a. O. S. 154.

2. Teil.

IV. Das Personensorgerecht der Mutter.

1. Das Personensorgerecht der Mutter neben dem Vater.

Die Mutter hat während der Ehe neben dem Vater nur einen Anteil an der elterlichen Gewalt. § 1634 BGB. bestimmt, daß die Mutter während der Dauer der Ehe das Recht und die Pflicht hat, für die Person des Kindes zu sorgen. Darin liegt, das darf nicht unterschätzt werden, ein Zugeständnis für die Mutter. Sie hat nunmehr neben dem Vater nicht nur tatsächlich, wie es zu allen Zeiten gewesen ist, sondern auch nach dem Gesetze die Personensorge. Diese steht ihr kraft eigenen Rechtes zu[1]).

Die Mutter darf neben dem Vater das Kind erziehen, beaufsichtigen, seinen Aufenthalt bestimmen und die Herausgabe des Kindes von dem verlangen, der es ihr widerrechtlich vorenthält. Hieraus ergibt sich auch ihre Haftung neben dem Vater[2]).

Sie ist dem Kinde gegenüber verantwortlich nach Maßgabe von § 1664 vbd. § 1686 BGB. Wenn sie das geistige oder leibliche Wohl des Kindes durch Mißbrauch ihres Sorgerechtes gefährdet oder das Kind vernachlässigt, oder wenn sie einen ehrlosen oder unsittlichen Lebenswandel führt, kann ihr ebenso wie dem Vater das Sorgerecht für die Person entzogen werden[3]).

Alle für das Sorgerecht des Vaters geltenden Bestimmungen finden auch auf das der Mutter Anwendung[4]). In gleichem Umfange gelten für ihre Personensorge die Bestimmungen über das Ruhen und die Beendigung der elterlichen Gewalt des Vaters. Nach § 1676 Abs. 2 vbd. § 1686 BGB. behält sie ihr Sorgerecht, wenn sie beschränkt geschäftsfähig ist oder einen Pfleger für ihre Person oder ihr Vermögen erhalten hat ebenso wie der Vater in dem gleichen Falle. Sie hat auch, wenn sie minderjährig ist, das Recht der Personensorge, das in diesem Falle dem Vater nicht zusteht, da er ja, wie später noch auszuführen ist, erst mit dem Eintritte der Volljährigkeit eheliche Kinder haben kann. Die Mutter verwirkt das Sorgerecht, wenn sie wegen eines an dem Kinde verübten Verbrechens oder vorsätzlichen Vergehens zu Zuchthausstrafe oder zu einer Gefängnisstrafe von mindestens 6 Monaten verurteilt wird. In diesem Falle erhält sie auch nicht nach dem Tode des Vaters die elterliche Gewalt.

Das der Mutter zustehende Recht erleidet nun allerdings inso-

---

1) Rothe a. a. O. S. 18.
2) S. JW. 1914, 198 14.
3) Planck a. a. O., Bem. 10 zu § 1666; Rothe a. a. O. S. 15, 16; Kipp a. a. O. § 87.
4) Rothe a. a. O. S. 15.

fern eine Einschränkung, als bei Meinungsverschiedenheiten die Meinung des Vaters vorgeht (§ 1634 Satz 2 BGB.). Daß der Vater hierbei stets das Richtige treffe, kann schlechthin und ausnahmslos nicht behauptet werden[5]). Das eine Mal wird die Mutter, das [4]andere Mal der Vater den schärferen Blick haben.

Es fragt sich daher, ob diese Bestimmung überhaupt getroffen werden mußte. Fehlt eine solche Vorschrift, wie z. B. nach schwedischem Rechte, und sieht das Gesetz gleichwohl ein gemeinsames Bestimmungsrecht der Eltern in den Angelegenheiten des Kindes vor, wie das schwedische Gesetz über eheliche Kinder vom 11. Juni 1920 in § 6, so sind die Eltern gezwungen, sich zu einigen. Nach § 7 des genannten Gesetzes wird dies auch dahin zum Ausdrucke gebracht, daß selbst dann, wenn das Gesetz den einen Elternteil wegen Abwesenheit, Krankheit oder sonstiger Verhinderung des anderen Elternteiles zum alleinigen Bestimmungsrechte ermächtigt, Beschlüsse von einschneidender Bedeutung für die Zukunft des Kindes nicht allein fassen darf, außer wenn es das Wohl des Kindes offensichtlich erfordert. Auch das dänische Gesetz über die Unmündigkeit und Vormundschaft vom 20. Juni 1920 kennt in § 18 nur eine gemeinsame Ausübung der Gewalt durch beide Eltern ohne ausdrückliche Regelung für die Fälle, in denen die Ansichten der Eltern auseinandergehen. Auch hier wird vorausgesetzt, daß sich die Eltern einigen.

In einer guten Ehe werden Vater und Mutter über ihre Kinder auch gemeinsam beraten und sich einigen, so daß es eines besonderen Führungsrechtes des Vaters nicht bedarf. Die Bestimmung des BGB. wird aber für weniger gute und unglückliche Ehen von Bedeutung. In solchen kann der Vater die Mutter zwingen, seinen Willen zu befolgen, ohne daß er Gegengründe anzuhören braucht. So kann er endgültig bestimmen, welche Vorbildung das Kind erhalten soll, in welcher Religion es aufzuziehen sei, oder welcher Meister das Kind ausbilden soll. Was die religiöse Erziehung des Kindes anlangt, so ändert der § 1 des Gesetzes über die religiöse Kindererziehung, wonach die freie Einigung der Eltern darüber entscheidet, hieran nichts.

Weit besser ist die Regelung nach schweizerischem Rechte, das zwar auch ein Überwiegen des väterlichen Willens kennt, aber erst nachdem der Vater ernstlich versucht hat, eine Verständigung mit der Mutter herbeizuführen. Denn auch das Schweizer ZGB. bestimmt, daß beide Eltern die Gewalt gemeinsam ausüben (Art. 274

5) Vgl. hierzu Fuld, Gutachten aus dem Anwaltstande S. 421: „Es ist kein Grund vorhanden, aus welchem die Ansicht des Vaters die Vermutung der Richtigkeit, die der Mutter die Wahrscheinlichkeit der Unrichtigkeit für sich hat. Das praktische Leben bestätigt diese Annahme nicht"; vgl. auch Bulling, Die deutsche Frau und das bürgerliche Gesetzbuch S. 156; Rothe a. a. O. S. 19; Clara Eck a. a. O. S. 122.

Abs. 1). Erst wenn der Versuch einer Verständigung mißlingt, geht der Wille des Vaters dem der Mutter vor [6]).

Dann kann es sehr wohl vorkommen, daß die Mutter gegen ihre bessere Überzeugung und vielleicht bessere Einsicht dem väterlichen Willen nachgeben muß. Sie mag gewissenhaft und peinlich geprüft haben, welche Erziehung das gemeinsame Kind erhalten, welchen Beruf es wählen soll. Sie weiß, was dem Kinde nützlich und schädlich ist, und kennt ihr Kind vielleicht besser als der Vater auf Grund längerer sorgfältiger Prüfung, die dem Vater praktisch gar nicht möglich ist, da er meist außerhalb des Hauses seinem Berufe nachgeht, und dennoch soll sie dem Führungsrechte des Vaters aufopfern, was sie als das Richtige erkannt hat. Viel besser und der Erziehung des Kindes zuträglicher wäre es deshalb, wenn diese Vorschrift nicht vorhanden wäre und sonach beide Eltern gezwungen würden, gemeinsam zu beraten. Erbitterung und Feindseligkeit, auch auf seiten der Kinder, die notgedrungen bei Streitigkeiten der Eltern für einen Elternteil Partei nehmen, würden hierdurch vermieden.

Das Kind braucht den Vater ebenso wie die Mutter. Vater und Mutter ergänzen einander. Immer ist es die gemeinsame Elternarbeit, die auf dem Gebiete der Erziehung, der edelsten und zugleich schwierigsten Aufgabe, die die Ehe den Eltern auferlegt, das Höchste erreicht [7]). Dann wird es aber dem geistig hochstehenden, wie dem einfach denkenden Manne widerstreben, von Unterordnung da zu sprechen, wo beide ein Ziel haben: das Wohl des Kindes, seine Erziehung zu einem beruflich und gesellschaftlich tüchtigen Menschen. Diesem Hand-in-Hand-Gehen ist es wesensfremd, wenn von vornherein eine Entscheidung, die des Vaters, maßgebend sein soll. Andererseits ist ein Führungsrecht des Mannes, wenn ein solches unbedingt nötig erscheint, dann angebracht, wenn gleich starke Motive bei beiden Eltern vorliegen.

Die Mutter erhält auch nicht etwa ein Schutzrecht aus § 1354 Abs. 2 BGB., wonach sie in Ansehung der das gemeinschaftliche Leben betreffenden Angelegenheiten der Entscheidung des Mannes dann nicht zu folgen braucht, wenn sie sich als Mißbrauch seines Rechtes darstellt. Denn die das Wohl des Kindes betreffenden Handlungen gehören nicht zu den das gemeinsame eheliche Leben angehenden. Die Ansichten hierüber sind zwar geteilt. Kipp [8]) bezeichnet die Behandlung des Kindes als eine das gemeinschaftliche

---

6) Vgl. Gmür, Kommentar zum Schweizerischen Zivilgesetzbuch, Familienrecht, II. Abteilung: Die Verwandtschaft, II zu Art. 274.

7) Danziger, Verträge zwischen Eltern über die Sorge für die Person ihrer Kinder nach dem Recht des Bürgerlichen Gesetzbuches S. 1.

8) Kipp a. a. O., § 79 VI Abs. 2 und die in Anmerkung 24 angegebenen Schriftsteller und Entscheidungen gleicher Meinung.

Eheleben betreffende Angelegenheit, Staudinger[9]) dagegen nicht. Ebenso vertritt Wetzel[10]) die Ansicht, daß der Ehemann eine die Sorge für die Person des Kindes betreffende Angelegenheit unter Mißbrauch seines Entscheidungsrechtes erledigen, z. B. bestimmen kann, daß sein lungenkrankes Kind in einem rauheren Klima eine „Kur" machen soll. Der Kommentar der Reichsgerichtsräte[11]) zählt zu den Angelegenheiten, die das gemeinschaftliche eheliche Leben betreffen, auch die Pflege und Erziehung der Kinder, insofern diese Angelegenheit im Verhältnisse der Ehegatten zueinander, nicht aber zu den Kindern selbst der Entscheidung bedarf[12]).

Nach überwiegender und richtiger Meinung können jedoch die das Wohl der Kinder betreffenden Handlungen des Gewalthabers nicht zu den das gemeinsame eheliche Leben angehenden gezählt werden[13]). Auch würde anders im Gesetze selbst zum Ausdrucke gebracht worden sein, daß das Entscheidungsrecht des Vaters entsprechend einzuschränken sei wie das des Ehemannes.

De lege lata ist also das Kind gegen einen Mißbrauch des väterlichen Entscheidungsrechtes nur geschützt durch § 1666 BGB.

Aber nur in seltenen Fällen erlangt das Kind durch diese Bestimmung Schutz. Denn die Entziehung der Personensorge ist an ganz bestimmte engbegrenzte Voraussetzungen geknüpft. Außerdem macht der Vater in solchen Fällen meistens von Rechtsmitteln Gebrauch, so daß die Angelegenheit in mehreren Instanzen zur Verhandlung kommt[14]).

Es ist deshalb zu erwägen, ob es den Eltern in den Fällen, in

9) Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch, Bd. IV, 1. Teil, Bem. 1, vorletzter Absatz zu § 1354.

10) Die Verweigerung der ehelichen Gemeinschaft, Archiv für Bürgerliches Recht Bd. 26, S. 78.

11) Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch, Bd. IV, Bem. 2 zu § 1354.

12) Vgl. auch RG. 55, 419, wonach die Entscheidung des Mannes der Frau gegenüber verbindlich sein kann, wenn der Mann die Anordnung in bezug auf das gemeinschaftliche Kind trifft, nicht, um für die Kinder zu sorgen, sondern um einen unberechtigten Zwang auf die Frau, die die Herstellung des ehelichen Lebens mit Grund verweigert, auszuüben. — Siehe ferner RG. in Gruch. Beitr. Bd. 53, S. 700, insbesondere S. 702, worin der Ehefrau, die mit ihrem Manne für die Dauer der Ehescheidung ein Abkommen über die Unterbringung der Kinder geschlossen hatte, ein Schutz gegen mißbräuchliche Bestimmungen des Ehemannes über den Aufenthalt der Kinder aus § 1354 Abs. 2 BGB. gewährt wird, falls nämlich sein Verlangen nicht aus Sorge für die Person des Kindes gestellt wird, sondern um einen unberechtigten Zwang auf die Mutter auszuüben; ähnlich JW. 1903, Beil. S. 146, 317; s. auch RG. vom 23. 12. 01 in JW. Beil. 1902, S. 207.

13) Clara Eck a. a. O. S. 127, 128.

14) Marie Munk, Vorschläge zur Umgestaltung des Rechts der Ehescheidung und der elterlichen Gewalt S. 41.

denen sie in wichtigen Punkten der Erziehung oder sonstiger Angelegenheit des Kindes zu einer Einigung nicht gelangen können, offenstehen soll, die Entscheidung des Vormundschaftsrichters anzurufen. Ein solcher Anruf dürfte aber nur auf die äußersten Fälle von besonderer Wichtigkeit beschränkt werden, wie z. B., wenn es sich um die Berufswahl handelt. Anders müßte die Einmischung des Richters als einer außenstehenden dritten Person in die Familienangelegenheiten peinlich empfunden werden, nicht allein von den Eltern, sondern auch von den Kindern. Viel besser, auch im Interesse des Kindes, würde das Angehen einer solchen Entscheidung des Vormundschaftsgerichtes vermieden werden. Diese Regelung soll aber den wenig guten oder unglücklichen Ehen zu Hilfe kommen und verhindern, daß ein Elternteil ausnahmslos und ohne Berechtigung bevorzugt werde [15]).

Das Zivilrecht der Sowjetrepubliken sieht eine solche Entscheidung der Vormundschaftsbehörde bei abweichenden Ansichten der Eltern vor, und zwar das Familienrecht der Russischen Sozialistischen Föderativen Sowjetrepublik (RSFSR.) in Art. 39 des Gesetzbuches, betr. Ehe, Familie und Vormundschaft vom 19. November 1926, ferner das Gesetzbuch, betr. Familie, Vormundschaft, Ehe und Personenstandsurkunden der Ukraine vom 24. November 1926 in Art. 23 Satz 2, sowie das Gesetzbuch, betr. Ehe, Familie und Vormundschaft Weißrußlands in Art. 57 Satz 2. Das Überwiegen eines Elternteiles über den anderen soll dadurch vermieden werden.

Die Mutter hat während der Ehe neben dem Vater das Personensorgerecht, das, wie wir gesehen haben, durch das Führungsrecht des Vaters beschränkt ist.

Das Recht zur Vertretung des Kindes hat sie jedoch nicht. Sie kann weder eine Klage für das Kind erheben, noch einen Strafantrag stellen, noch einen Vertrag für das Kind abschließen oder zu Rechtsgeschäften desselben ihre Zustimmung geben [16]).

Die Frau hat auch nicht das Recht, das Vermögen des Kindes zu verwalten. Eine Vertretung in vermögensrechtlichen Angelegenheiten des Kindes scheidet hiernach von vornherein aus. Auch ist ihr während der Ehe neben dem Vater das Recht der Nutznießung versagt.

Was die Gründe anlangt, die den Gesetzgeber veranlaßten, der Mutter während der Ehe neben dem Vater nur das Personensorge-

---

15) Für eine solche Regelung: Fuld a. a. O. S. 422; Jastrow a. a. O. S. 100; Rothe a. a. O. S. 21; Clara Eck a. a. O. S. 126; Marie Munk, Vorschläge zur Umgestaltung des Rechts der Ehescheidung und der elterlichen Gewalt S. 41 und Die elterliche Gewalt und ihre Reform JW. 1925 I S. 310; Lehmann a. a. O. S. 220. Dagegen: Gierke, Entwurf eines bürgerlichen Gesetzbuchs und das deutsche Recht S. 164 Anm. 1; Endemann a. a. O., § 192 unter 1 und Fußnote 5.

16) Rothe a. a. O. S. 20.

recht, das allerdings als der wichtigste Teil der elterlichen Gewalt anzusehen ist, anzuvertrauen, so führen die Motive [17]) wohl aus, die Frau sei ebenso befähigt, die Rechtsgeschäfte ihrer Kinder zu führen wie ihre eigenen, weil diese nicht ihr fremde, sondern Angelegenheiten ihrer nächsten Angehörigen seien, auch sei das Mißtrauen, das frühere Jahrhunderte in die Fähigkeit der Frau zu einer vollen Erfüllung ihres Berufes setzten, nicht mehr berechtigt. In den weitaus meisten Fällen könne ferner die Fähigkeit der Mutter zur Übernahme der vollen Elternpflicht nicht wohl in Zweifel gezogen werden. Sie erblicken jedoch das Übergewicht des Vaters während der Ehe in der Natur der Dinge begründet.

Diese Regelung im Gesetze, zu der weiter unten im einzelnen Stellung genommen werden soll, ist mit Recht beanstandet worden. Opet [18]) erblickt hierin eine Zurücksetzung des weiblichen Geschlechtes. Kuhlenbeck [19]) spricht sogar gegenüber den auf die privatrechtliche Freiheit und Unabhängigkeit der Frau gerichteten Bestrebungen von einem Rückschritte des Bürgerlichen Gesetzbuches gegen das römische Recht. Nach Endemann [20]) wird die Familiengewalt erst dadurch zu einer wahren „elterlichen" ausgeprägt, daß die selbständige Bedeutung und der Einfluß der Mutter von Anfang an volle Beachtung finden [21]). In diesem Sinne äußert sich auch Marie Munk [22]): „Beide Eltern sollen gemeinschaftlich die elterliche Gewalt besitzen und gemeinschaftlizh die elterliche Gewalt ausüben." Den praktischen Schwierigkeiten, die sich aus der gemeinschaftlichen Vertretungsbefugnis, da beide stets gemeinsam handeln müßten, ergeben könnten, will sie dadurch vorbeugen, daß man den Ehegatten das Recht gebe, sich gegenseitig für bestimmte Angelegenheiten oder auch allgemein zu bevollmächtigen.

Vor allem ist das Vertretungsrecht der Mutter in den persönlichen Angelegenheiten des Kindes außerordentlich wünschenswert. Gerade hier, bei dem wichtigsten Teile der elterlichen Gewalt, insbesondere bei der Erziehung, an der sie neben dem Vater den innigsten Anteil hat, darf ihr die Vertretung nicht versagt sein. Hat sie mit dem Vater gemeinsam beraten, was für das Wohl des Kindes das Rechte ist, so dürfen ihr auch nicht die Wege verschlossen sein, das als richtig Erkannte auch nach der rechtlichen Seite hin zu verwirklichen.

Nun ist es zwar richtig, daß die Mutter mittelbar im Rahmen der Schlüsselgewalt (§ 1357 BGB.) das Kind vertritt. Wenn sie

---

17) Bd. IV, S. 736, 737.

18) Das Verwandtschaftsrecht des Bürgerlichen Gesetzbuchs S. 179.

19) Kuhlenbeck, Von den Pandekten zum Bürgerlichen Gesetzbuch Bd. 1, S. 134, 135.

20) a. a. O. § 198 Bem. 1.

21) Clara Eck a. a. O. S. 156; Rothe a. a. O. S. 21.

22) Die elterliche Gewalt und ihre Reform S. 309.

für das Kind Kleider und Wäsche anschafft, Feuerung und Lebensmittel besorgt, Schulbücher kauft, den Arzt ruft, so vertritt sie wohl die Interessen des Kindes. Rechtlich aber vertritt sie allein den Ehemann. Diese Vertretung des Ehemannes durch die Frau nach § 1357 BGB. ist von einer im deutschen BGB. nicht vorgesehenen Vertretung des Kindes durch die Mutter zu scheiden.

Anders als das deutsche Recht kennt das schweizerische Zivilgesetzbuch eine Vertretung des Kindes durch beide Eltern im Umfange der ihnen zustehenden elterlichen Gewalt. Auch nach schwedischem Rechte vertreten die Eltern die Kinder in ihren Angelegenheiten (vgl. § 6 des Gesetzes über eheliche Kinder vom 11. Juni 1920). Ebenso liegt im Familienrechte der Sowjetrepubliken bei beiden Eltern die Vertretung der Angelegenheiten des Kindes, die seine Person, wie auch sein Vermögen betreffen. Im einzelnen gelten für Rußland (RSFSR.) die Bestimmungen in Art. 43 des Ehegesetzes vom 19. November 1926, für die Ukraine Art. 17 des Familiengesetzes vom 24. November 1926 und für Weißrußland Art. 52 des Ehegesetzes vom 27. Januar 1927.

Auch die Sorge für das Vermögen müßte die Mutter mit dem Vater teilen. Zweifellos hat auch sie das Bedürfnis, das Vermögen des Kindes zu verwalten [23]). Und ebenso gewiß ist sie auch hierzu geeignet, besonders in den Fällen, in denen auch sie, wie der Vater, dem Erwerbe nachgeht. Oftmals, hauptsächlich in den unteren Ständen, die die große Mehrzahl der Familien bilden, pflegt die Frau an Sparsamkeit den Mann zu übertreffen und allgemein besser als er befähigt zu sein, ein kleines Vermögen zusammenzuhalten. Manche Frau auf dem Lande bewirtschaftet ihr Gut ebenso, und manche Frau betreibt ein Geschäft oder eine Fabrik mit derselben Umsicht und Geschicklichkeit wie ein Mann.

Alledem trägt das schweizerische ZGB. Rechnung und bestimmt in Art. 290 Abs. 1, daß beide Eltern, solange ihnen die elterliche Gewalt zusteht, das Recht und die Pflicht haben, das Vermögen des Kindes zu verwalten. Auch die familienrechtlichen Bestimmungen der Sowjetrepubliken stehen auf demselben Standpunkte. Sie verpflichten beide Eltern, die Vermögensinteressen der nichtvolljährigen Kinder zu schützen und sie auch insoweit zu vertreten. Im einzelnen gelten für Rußland (RSFSR.) Art. 43 des Ehegesetzes 1926, für die Ukraine Art. 17 vbd. Art. 29 Abs. 2 des Familiengesetzes 1926 und für Weißrußland Art. 52 vbd. Art. 62 Abs. 2 des Ehegesetzes 1927.

Auch auf dem Gebiete der Vermögensverwaltung wird durch gemeinschaftlichen Austausch der elterlichen Ansichten das Beste erreicht. In einer rechten Ehe werden auch hier beide Eltern das Bedürfnis haben, gemeinsam zu beraten und zu handeln und dies

---

23) Nach Fuld a. a. O. S. 421 vielleicht sogar in noch höherem Maße als bezüglich der Fürsorge für die Person des Kindes.

auch tun, ohne daß das Gesetz der Mutter die Vermögensverwaltung neben dem Vater zuspricht. Es ist dies aber in gleicher Weise wünschenswert.

Steht die Mutter dem Vater an Tüchtigkeit in dieser Richtung nach, so wird sie von ihm lernen, seinen Rat sich zunutze machen und in dem etwa eintretenden Falle des Alleinstehens besser gewappnet sein, als wenn sie gar keine Erfahrung und Übung hätte.

Mit der Vermögensverwaltung zugleich müßte der Mutter auch die Vertretung in diesen Angelegenheiten zufallen. Auch hier müßte ihren Wünschen, das Kind nach besten Kräften zu vertreten, entsprochen werden.

Gingen sonach Vater und Mutter in Ansehung der Personensorge, wie auch der Vermögensverwaltung, einschließlich der Vertretung für das Kind, Hand in Hand, so ist nicht einzusehen, weshalb auch nicht beide Eltern gemeinsam die Nutznießung am Kindesvermögen ausüben sollten. Wenn auch richtig ist, daß regelmäßig der Vater für den Unterhalt der Familie aufkommt, die Kosten der Erziehung der Kinder bestreitet, sowie den ehelichen Aufwand unterhält, so ist doch die Mutter in der Erhaltung und geschickten Verwertung der väterlichen Einkünfte, sowie des Kindesvermögens selbst in hervorragender Weise beteiligt. Ganz besonders hängt auch das wirtschaftliche Vorwärtskommen der Familie von der Besonnenheit, Umsicht und Tatkraft der Mutter ab. Außer der Verantwortung nach dieser Richtung, die allgemein auf ihren, wie auf des Vaters Schultern lastet, hilft sie oft selbst beim Erwerbe mit, ganz zu schweigen von den Fällen, in denen sie zeitweise oder für immer (z. B. bei unheilbarem Kranksein des Vaters) für den gesamten Unterhalt der Familie aufkommt und den Ernährer ersetzt. Das Schweizer ZGB. gewährt bei Lebzeiten des Vaters der Mutter auch die Nutznießung (vgl. Art. 292). Beide Eltern haben die Nutzung am Vermögen des Kindes, wie es auch für das deutsche BGB. erstrebenswert ist.

2. Das Personensorgerecht der Mutter neben dem Vormunde oder Pfleger während der Ehe und nach Auflösung derselben.

Ein Personensorgerecht in Ansehung ihres Kindes hat die Mutter neben dem Vormunde oder Pfleger in den Fällen des § 1698 BGB., und zwar dann, wenn die Gewalt des Vaters ruht und die Ehe aufgelöst ist, wenn der Vater die Gewalt verwirkt hat und die Ehe noch besteht, sowie während der Ehe und nach deren Auflösung, wenn dem Vater die Vertretung des Kindes oder die Erziehung entzogen wird.

Werden dem Vater einzelne Gewaltrechte, wie die Personensorge oder die Vermögensverwaltung, oder diese und die Nutz-

nießung oder die Personensorge und die Vermögensverwaltung entzogen, so kommt gleichfalls § 1698 BGB. zur Anwendung.

Die Entziehung der Personensorge oder der Vermögensverwaltung umfaßt zugleich das Vertretungsrecht nach beiden Richtungen. Es kann aber auch eine Entziehung des Vertretungsrechtes stattfinden, ohne daß das Recht der tatsächlichen Sorge dadurch berührt wird [24]). In diesem Falle wird nach § 1773 BGB. für das Kind ein Vormund bestellt. Darf der Gewalthaber das Kind nur in den die Person oder nur in den das Vermögen des Kindes betreffenden Angelegenheiten nicht vertreten, so ist kein Vormund, sondern ein Pfleger zu bestellen [25]).

Einen Pfleger erhält das Kind ferner, wenn dem Vater die Sorge für die Person des Kindes oder nur die Erziehung oder die Vermögensverwaltung oder diese und die Nutznießung entzogen wird. Dagegen bekommt das Kind einen Vormund, wenn ihm die Sorge für die Person und zugleich die Vermögensverwaltung entzogen wird (§ 1773 BGB.).

Die Mutter hat neben dem Vormunde dieselbe Stellung wie neben dem Pfleger (§ 1698 BGB.). Bei Meinungsverschiedenheiten geht die Meinung des Vormundes oder Pflegers vor. Der Einfluß der Mutter auf das Kind ist aber besser gesichert, weil sie bei pflichtwidrigem Verhalten des Vormundes oder des Pflegers stets ein Einschreiten des Vormundschaftsgerichtes herbeiführen kann (§§ 1837, 1886 BGB.) [26]).

Der Mutter steht die Personensorge auch in diesen Fällen kraft eigenen Rechtes zu. Dieses Recht sollte ihr nicht deshalb verloren gehen, weil aus Gründen, die in der Person des Vaters liegen, ein Vormund oder Pfleger für das Kind bestellt wird. Selbst von dem Standpunkte aus, der es gutheißt, daß die Mutter nicht von vornherein die Gewalt erhält, mußte ihr folgerichtig die Sorge zuerkannt werden. Diese Auffassung vertreten auch die Protokolle der II. Kommission, nachdem der Entwurf I ein persönliches Fürsorgerecht der Mutter in den vorerwähnten Fällen nicht anerkennen wollte.

Darüber hinaus ist aber zu erwägen, ob der Mutter nicht die volle elterliche Gewalt zu gewähren ist.

Was den Fall des Ruhens der Gewalt des Vaters anlangt, so trug der Gesetzgeber Bedenken, der Mutter nach Auflösung der Ehe bei Lebzeiten des Vaters die Ausübung der elterlichen Gewalt anzuvertrauen. Diese Bedenken begründete er damit, daß die Auflösung der Ehe in solchen Fällen meistens eine Zerrüttung des ehelichen Verhältnisses zur Voraussetzung habe, und aus diesem

24) Rothe a. a. O. S. 27; Staudinger a. a. O., 2. Teil, Bem. 1 c zu § 1698.

25) Staudinger a. a. O., Bem. 1 zu § 1773.

26) Blume a. a. O., Bem. 2 zu § 1698.

Grunde nicht zu erwarten sei, daß die Mutter im Sinne des Vaters die Gewalt ausüben würde.

Mochten diese Bedenken immerhin berechtigt sein, so fehlt doch die rechte Begründung dafür, der Mutter bei Lebzeiten des Vaters die Gewalt dann vorzuenthalten, wenn sie der Vater verwirkt hatte oder wenn ihm einzelne ihrer Bestandteile entzogen waren.

Diese Regelung ist nicht glücklich. Wenn der Vater die elterliche Gewalt mißbraucht, so wird die Mutter eben gerade die ungünstige Beeinflussung des Vaters fernhalten und ihre Fürsorge für das Kind verdoppeln. Sie wird aber auch, vorausgesetzt, daß die Entziehung einzelner Rechte, z. B. der Vermögensverwaltung, nicht auf Grund ehrloser Gesinnung des Vaters erfolgte, ihrem Manne zu Hilfe kommen und dahin streben, daß das Vormundschaftsgericht die gegen ihn verhängten Maßnahmen wiederaufhob (§ 1671 BGB.). Durch eine solche Hilfsbereitschaft einer allerdings geistig hochstehenden Frau würde der eheliche Friede und mit ihm der Friede der Familie gerade wiederhergestellt und nicht, wie die Motive[27]) annehmen, darunter leiden, wenn die Mutter die elterliche Gewalt erhielte. Jedenfalls würde die Mutter zugleich ihren Kindern einen größeren Dienst erweisen, als wenn sie sich von dem Vater abwendete und ihnen nur Abscheu gegen ihn einflößte. Anders allerdings verhält es sich im Falle der Verwirkung der Gewalt. Hier, wo der Vater Verbrechen am Kinde begangen hat, ist der Friede der Familie erschüttert und ein Wiederaufbau eines Elternhauses für die Kinder nicht möglich, selbst wenn der Mutter heißestes Bemühen darum ginge und sie deswegen ihr Letztes aufbieten wollte. Das würde selbst in den allerseltensten Fällen kaum möglich sein. Es ist deshalb auch die Einführung einer Bestimmung, wonach die elterliche Gewalt im Falle der Verwirkung wiederaufleben kann wie nach ausländischen Rechten, nicht einmal zu wünschen. Nach schweizerischem ZGB. (Art. 287 Abs. 1) kann auch dann, wenn der Vater Verbrechen gegen das Kind begangen hat, eine Wiederherstellung der Gewalt erfolgen, ebenso nach Artt. 15, 16 der französischen loi sur la protection des enfants maltraités ou moralement abandonnés vom 24. Juni 1889, bzw. 15. November 1921, sowie nach dem berühmten belgischen Kinderschutzgesetze vom 15. Mai 1912 (Art. 7). Das deutsche Recht kennt dagegen nicht mit Unrecht ein Wiederaufleben der Gewalt nur im strafprozessualen Wiederaufnahmeverfahren, wenn das Strafurteil, auf Grund dessen die Entziehung erfolgte, aufgehoben und der Verurteilte freigesprochen wurde oder eine mildere als die nach § 1680 BGB. bezeichnete Strafe erhielt. Dann entfiel nach rückwärts auch die Verwirkung.

Welchen Weg nunmehr die Mutter im Falle der Verwirkung

---

27) IV S. 840, 806 vbd. 755.

am besten ginge, ob sie sich von dem Vater trennte[28]), diese Frage steht hier nicht zur Erörterung, sondern nur die, ob ihr die Gewalt zustehen soll. Dies aber ist zu bejahen. Insoweit aber, als das Gesetz die oben geschilderten Frauen und Mütter, mögen sie auch in der Minderzahl sein, nicht bedacht hat, sondern schlechthin von der Anschauung ausgegangen ist, daß sich die Mutter ungünstig beeinflussen lasse, macht sich ein empfindlicher Mangel fühlbar. Zeigt sich die Mutter unwürdig, so war es immer noch Zeit, ihr die Gewaltrechte zu entziehen. Niemals aber dürfte ihr von vornherein in diesen Fällen die Eignung zur Gewaltträgerin abgesprochen werden. Im Sinne dieser Ausführungen ordnet auch das schweizerische Zivilgesetzbuch nach Art. 285 Abs. 2 erst dann eine Vormundschaft an, wenn erwiesen ist, daß sich die Mutter zum Nachteile der Kinder durch den Vater ungünstig beinflussen läßt. In diesem Falle wird auch ihr die Gewalt entzogen.

Diese Regelung ist weit besser als im deutschen Rechte und kommt den Frauen zu Hilfe, die allem zum Trotze nun gerade mit doppelter Umsicht auf ihrem Posten verharren.

Die Mutter kann zwar zum Vormunde bestellt werden. Geschieht dies, so ist ohnehin der Zustand geschaffen, den das Gesetz „im Interesse des ehelichen Friedens" vermeiden will. Einer solchen Bestellung bedarf es aber gar nicht.

Es kommt hinzu, daß es dem Wesen der elterlichen Gewalt als beiden Eltern gemeinschaftlich zustehenden Rechten auch in diesem Falle besser entsprechen würde, wenn die Mutter in die Lücke einträte, die durch die Verhinderung des Vaters entstanden ist. Nötigenfalls wäre der Mutter in Vermögensangelegenheiten ein Beistand zu bestellen. An Stelle der gemeinschaftlichen Elternrechte träte das alleinige Elternrecht der Mutter[29]). Eine solche Regelung entspräche den natürlichen Verhältnissen. Das Gesetz gibt aber der Mutter weder von vornherein, noch auch dann die elterliche Gewalt, wenn die Verhinderung des Vaters eintritt. Und doch ist gerade die Mutter, wie verschiedentlich auch eingangs meiner Ausführungen hervorgehoben ist, die Persönlichkeit, die mit der größten Hingebung und Liebe auch für die treueste Pflichterfüllung bürgt, mehr als ein fremder Mann in Gestalt eines Vormundes oder Pflegers[30]).

Der Mutter steht ferner, auch wenn ihre elterliche Gewalt ruht, unter den Voraussetzungen des § 1676 Abs. 2 BGB. ein

---

28) Clara Eck a. a. O. S. 139 spricht von der Möglichkeit der Scheidung als einem der Frau offenstehenden Wege, den sie aber zufolge ihrer Rechtsunkenntnis oft nicht beschritte.

29) Siehe hierzu Gierke, Entwurf eines bürgerlichen Gesetzbuchs S. 469, 470.

30) Vgl. auch Bulling a. a. O. S. 150.

Personensorgerecht zu, dann also, wenn sie in der Geschäftsfähigkeit beschränkt ist[31]), oder wenn sie nach § 1910 Abs. 2 BGB. einen Pfleger für ihre Person und ihr Vermögen erhalten hat. Finden die Bestimmungen über das Ruhen der Gewalt der Mutter während der Ehe auf ihre Personensorge neben dem Vater Anwendung, so kann mit ihr außer dem gesetzlichen Vertreter des Kindes der Vater konkurrieren, wenn auch dessen elterliche Gewalt ruht, so z. B. wenn beide Eltern wegen Verschwendung entmündigt sind. Beiden Eltern steht dann die tatsächliche Personensorge gleichmäßig zu; bei Meinungsverschiedenheiten entscheidet die Ansicht des Vormundes[32]). Ebenso geht die Meinung des Vormundes der Meinung der Mutter dann vor, wenn nach dem Tode des Vaters die elterliche Gewalt auf die Mutter übergegangen ist, aber aus den angegebenen Gründen nach § 1676 Abs. 2 BGB. ruht[33]).

Diese Regelung ist nicht glücklich; denn die beschränkt geschäftsfähige Mutter, wie auch der beschränkt geschäftsfähige Vater, bürgen nicht für eine einwandfreie Erfüllung der persönlichen Sorgepflichten. Insbesondere soll die Erziehung nur der leiten, der ihr gewachsen ist.

Ruht die elterliche Gewalt der Mutter wegen Minderjährigkeit, so hat sie weiter unter Ausschluß des Vertretungsrechtes die Personensorge für das Kind. Soweit ihr diese Sorge zusteht, hat der Vormund die rechtliche Stellung eines Beistandes (§ 1696 BGB.).

Ebenso behält die Witwe, die nach § 1697 BGB. bei Eingehung einer neuen Ehe die elterliche Gewalt verliert, ein Personensorgerecht neben dem Vormunde, der in diesem Falle wieder die Stellung eines Beistandes einnimmt[34]).

Bei einer Meinungsverschiedenheit zwischen der minderjährigen oder der wieder verheirateten Mutter und dem Vormunde entscheidet das Vormundschaftsgericht[35]).

Die Mutter hat endlich beim Tode des Vaters, wenn er für tot erklärt wird oder wenn seine Gewalt aus einem anderen Grunde (Verwirkung oder Entziehung) endigt, ein Personensorgerecht neben dem Vormunde auch dann, soweit sie eine nichtige Ehe einging und ihr allein dies bekannt war. Sie ist in diesem Falle besser gestellt als der bösgläubige Vater, der die elterliche Gewalt verliert[36]). Der Vormund vertritt das Kind und hat der Mutter gegen-

---

31) Nach Rothe a. a. O. S. 25 auch bei Geschäftsunfähigkeit; siehe auch derselbe Anm. 7 a. a. O.

32) Blume a. a. O., Bem. 3 zu § 1698; Staudinger a. a. O., Bem. 4 zu § 1698.

33) Goldmann-Lilienthal a. a. O., § 45 III, 3.

34) Über diese letzten beiden Fälle vgl. V unter 1 meiner Ausführungen.

35) Goldmann-Lilienthal a. a. O., § 45 III, 3.

36) Vgl. hierzu V unter 3 meiner Ausführungen.

über, soweit sie die Personensorge ausübt, die Stellung eines Beistandes (§ 1702 Abs. 2 BGB.).

Aber auch hier müßte die Mutter die elterliche Gewalt erhalten, es sei denn, daß sie sich als Gewalthaberin nicht eignet [37]). Die Bösgläubigkeit allein darf für die Regelung der Gewaltverhältnisse nicht bestimmend sein [38]).

Ist der Vater tatsächlich verhindert oder ruht seine elterliche Gewalt, so hat die bösgläubige Mutter nicht das Recht, die elterliche Gewalt auszuüben. Es verbleibt ihr neben dem Vormunde oder Pfleger allein wiederum das Recht, für die Person des Kindes zu sorgen und dies auch nur dann, wenn die Gewalt des Vaters wegen Geschäftsunfähigkeit oder deswegen ruht, weil das Vormundschaftsgericht die tatsächliche Verhinderung festgestellt hat (§ 1677 BGB.), nicht also in dem Falle des § 1676 Abs. 2 BGB. (vgl. § 1702 Abs. 3 BGB.). Die Mutter hat dann auch nicht das Recht aus § 1685 Abs. 2 BGB.

Auch hier ist zu beanstanden, daß die Bösgläubigkeit gleich dem Verschulden im Scheidungsfalle die Bestimmung der Gewaltverhältnisse beeinflußt. Die bösgläubige Mutter kann sich als ausübende Gewalthaberin bewähren. Das Interesse des Kindes allein soll den Ausschlag geben [39]).

3. Das Personensorgerecht der Mutter nach Scheidung der Ehe.

Ist die Ehe der Eltern geschieden und die Mutter als alleinschuldiger Teil erklärt, so verliert sie ihr Personensorgerecht. Dagegen behält sie die tatsächliche Personensorge, wenn der Vater alleinschuldig ist. Dann ist sie auch nicht durch eine dem § 1634 Satz 2 BGB. entsprechende Bestimmung behindert, sondern erhält die tatsächliche Fürsorge uneingeschränkt. Das Recht der gesetzlichen Vertretung aber verbleibt auch in diesem Falle dem Vater, wie auch die Vermögensverwaltung und die Nutznießung am Kindesvermögen.

Den Verlust der elterlichen Gewalt bezeichnen die Motive [40]) als eine zu große Härte gegen den schuldigen Ehemann, zumal die Fälle nicht selten so lägen, daß der vor dem Gesetze schuldige Ehegatte doch moralisch als der weniger schuldige Teil anzusehen sei. Dasselbe gilt aber auch für die Mutter. Diese Bestimmung benachteiligt sie außerordentlich und kann zu schweren Störungen führen. Denn die Mutter muß sich in allen vermögensrechtlichen Angelegenheiten, sowie in allen denen, die sich auf die gesetzliche Ver-

37) S. hierzu IV unter 3 meiner Ausführungen.
38) Vgl. hierzu IV unter 3 vbd. V unter 3 meiner Ausführungen.
39) S. hierüber IV unter 3 meiner Ausführungen.
40) IV S. 623.

tretung beziehen, an den Vater wenden. Der Vater bestimmt, ob für das Kind ein Prozeß geführt werden soll (z. B. wegen rückständigen Arbeitslohnes oder wegen Schadenersatzansprüchen), oder ob das Kind einen Lehrvertrag eingehen soll. Will die Mutter über Vermögen des Kindes verfügen, so ist sie wieder abhängig von dem Willen des Vaters.

Deshalb müßte besser dahin bestimmt werden, daß von den Eltern der, der die Erziehung hat, notwendigerweise auch die Gewalt erhält[41]).

Sind beide Eltern schuldig, so bestimmt das Gesetz in § 1635 BGB., daß die Personensorge für einen Sohn unter sechs Jahren und für eine Tochter der Mutter, für einen Sohn über sechs Jahre dem Vater zusteht. Innerhalb der ihm gebührenden Personensorge handelt jeder Gatte unabhängig vom anderen, so daß auf diesem Gebiete Meinungsverschiedenheiten nicht aufzutauchen vermögen. Dem Vater verbleibt wiederum das Recht der gesamten Kindesvertretung und die Vermögensverwaltung, einschließlich der Nutznießung.

Dieselbe Regelung findet auch dann Anwendung, wenn die Ehe nichtig ist und beiden Eltern bei Eingehung derselben die Nichtigkeit unbekannt war (§§ 1635, 1700 BGB.).

Auch hier müßte die Mutter in Ansehung der ihr zugesprochenen Kinder die elterliche Gewalt erhalten. Sind mehrere Kinder vorhanden, so wird dadurch allerdings das Band, das diese durch die gemeinsame väterliche Vertretung und Vermögensverwaltung zusammenhielt, zerrissen. Die tatsächliche Trennung besteht aber trotzdem unter ihnen. Kinder aus geschiedenen Ehen haben immer den Nachteil gegenüber denen aus guten Ehen. Der Riß, der die Scheidung zwischen den Eltern und die Trennung der Kinder untereinander brachte, wird kaum dadurch überbrückt, daß die Mutter, was die Verwaltung des Vermögens und die Vertretung des Kindes anlangt, den Vater angehen muß. Es wäre allerdings möglich, daß beide Eltern in dem Punkte der Kindererziehung gleich gewissenhaft handelten, und daß in solchen Fällen eine Verständigung zu erwarten sei. Im Regelfalle aber werden auch hier Reibungen und Unruhen dadurch entstehen, daß Vater und Mutter zusammen verhandeln, die bei Belassung der elterlichen Gewalt der Mutter hinsichtlich der ihr zugesprochenen Kinder besser vermieden würden[42]).

---

41) Jastrow a. a. O. S. 154; vgl. ferner Marie Munk, Vorschläge zur Umgestaltung des Rechts der Ehescheidung und der elterlichen Gewalt S. 41 III und Egger, Kommentar zum Familienrecht des schweizerischen Zivilgesetzbuchs, Bem. 2/b zu Art. 156.

42) Vgl. auch Marie Munk a. a. O. S. 41, sowie Egger a. a. O.

Was nun die Bestimmung betrifft, wonach der Mutter die Kinder bis zu sechs Jahren zu belassen sind, so ist gegen sie schlechthin nichts einzuwenden, obwohl auch hier das Kind in besonderen Fällen beim Vater besser aufgehoben sein kann. Manches Kind fühlt sich zum Vater mehr hingezogen als zur Mutter und umgekehrt. Manches Kind, gleichgültig welchen Alters oder Geschlechtes, ist auch besser beim Vater als bei der Mutter und umgekehrt aufgehoben. Darüber hinaus gibt es Fälle, in denen die Kinder jeden Alters und Geschlechtes, am besten bei keinem der Eltern aufgehoben sind. Die gesetzlichen Rahmen erweisen sich oft als zu eng.

Insbesondere dürfte bei der Frage der Zuteilung der Kinder nicht die Schuld den Ausgangspunkt bilden, sondern die Eignung der Eltern zur Erfüllung der Gewaltpflichten. Denn ein schuldiger Ehegatte braucht nicht zugleich ein schlechter Vater oder eine schlechte Mutter zu sein, ganz abgesehen davon, daß der „schuldige" Teil seine „Schuld" vielleicht vorgetäuscht hat, wie dies oft geschieht, um die Scheidung schneller herbeizuführen [43]).

Es ist deshalb zu erwägen, ob nicht von vornherein bei geschiedenen und nichtigen Ehen die Verteilung der Kinder am besten dem Vormundschaftsgerichte zu überlassen sei. Der Vormundschaftsrichter müßte auf Grund sorgfältiger Prüfung erwägen, wem von den Eltern, unabhängig davon, wer an der Scheidung die Schuld trägt, die Kinder am besten zu belassen seien [44]). Er hätte festzustellen, auch unter Benutzung des Scheidungsurteiles, wer sich von den Eltern vor der Scheidung als Gewalthaber als besonders geeignet erwiesen habe, und hiernach die beste Gewähr für die gesunde körperliche und geistige Entwicklung des Kindes böte.

Eine solche Regelung entspräche dem Art. 156 des schweizerischen Zivilgesetzbuches, der dem Richter die Befugnis gibt, von vornherein dem Elternteile, er sei schuldig oder nicht, die Kinder zuzusprechen, der am fähigsten und am besten geeignet zur Führung des Elternamtes erscheint, weil er sich bereits vor der Scheidung besonders bewährt hat.

Auch nach estländischem Ehestandsgesetze vom 27. Oktober 1922 (§ 33 vbd. § 19) regelt der Richter das Schicksal der Kinder nach der Ehescheidung, indem er bestimmt, bei welchem der Gatten sie bleiben. Hierbei berücksichtigt er nach Möglichkeit auch die Wünsche der Kinder selbst, wenn sie bereits in verständigem Alter sind. Immer aber ist das Interesse des Kindes der oberste Leitsatz. Das Wohl des Kindes behält auch das schwedische Recht im Auge,

---

43) Marie Munk a. a. O. S. 42, 43; siehe auch Lattermann, Die Regelung des persönlichen Verkehrs der Eltern mit ihren Kindern (§ 1636 BGB.) in ihrer heutigen Gestaltung S. 58.

44) Für eine solche Regelung insbesondere Marie Munk a. a. O. S. 43.

wenn es über die Zuteilung der Kinder entscheidet (vgl. § 9 des Gesetzes über eheliche Kinder vom 11. Juni 1920).

Fände der Richter keine sicheren Anhaltspunkte dafür, wer sich am besten zur Erfüllung der elterlichen Gewaltpflichten eignen würde, so könnten immerhin bei der Zuteilung das Verschulden der Eltern, das Alter und Geschlecht des Kindes berücksichtigt werden. In diesem Sinne spricht mit Recht das BGB. von Peru in Art. 210 dem Ehegatten die Kinder zu, der die Scheidung verwirkt hat, sofern im Interesse des Kindes nicht etwas anderes geboten erscheint. Würden beide Ehegatten in gleicher Weise zur Führung des Elternamtes befähigt sein, so wäre gleichfalls angemessen dem die elterliche Gewalt zu erteilen, der nicht die Schuld an der Scheidung trägt, wie es beispielsweise nach schwedischem Rechte geschieht (vgl. § 9 des Gesetzes über eheliche Kinder vom 11. Juni 1920).

Der Richter dürfte zunächst das Verschulden nur insoweit beachten, als die Art der Schuld und des Scheidungsgrundes für die Zuteilung der Kinder unmittelbar von Bedeutung ist, wie z. B. bei der Scheidung wegen Geisteskrankheit (§ 1569 BGB.) oder wegen unsittlichen Lebenswandels, insbesondere wegen Trunksucht (§ 1568 BGB.) [45]).

Marie Munk [46]), die für eine Erweiterung der Scheidungsgründe und für die Zulassung eines solchen auf Grund einseitigen Antrages eines Ehegatten wegen unüberwindlicher Abneigung an vierter Stelle eintritt, will für den Fall, daß die Ehe wegen einseitiger unüberwindlicher Abneigung eines Ehegatten geschieden ist, dem Kläger dann nicht die elterliche Gewalt zusprechen, wenn im Urteile ausgesprochen ist, daß er als schuldiger Teil zu behandeln sei [47]). Nun könnte sich aber gerade der schuldige Elternteil zur Erziehung der Kinder besser eignen als der andere. Bei folgerichtiger Durchführung des Grundsatzes, das Wohl des Kindes entscheiden zu lassen, müßte auch hier von den Eltern, so hart der andere Gatte und Elternteil in diesem Falle davon betroffen würde, der die Gewalt erhalten, der zur Erfüllung der Elternpflichten am meisten Eignung besitzt.

Für den Fall, daß keiner der Ehegatten für schuldig erklärt werde, z. B. bei der Ehescheidung wegen Ehezerrüttung [48]), will Marie Munk die Verteilung der Kinder in der Art erfolgen las-

45) Vgl. auch Egger a. a. O., Bem. 1 b zu Art. 156.

46) a. a. O. S. 7, 8.

47) Diese an den Scheidungsgrund geknüpfte Wirkung soll einmal von leichtsinnigen Ehescheidungsklagen abschrecken, sodann die Härten ausgleichen, die gerade in der Zulassung dieses Scheidungsgrundes liegen (Munk a. a. O. S. 43).

48) Für Zulassung dieses Scheidungsgrundes tritt Marie Munk (a. a. O. S. 7) an erster Stelle ein.

sen, wie sie das Gesetz bei den Ehen vorsieht, in denen beide Eltern für schuldig erklärt sind[49]). Aber auch hier, wie in den Fällen des geltenden Gesetzes nach § 1635 BGB., müßte aus den angegebenen Gründen, weil sich die Anleitungen als zu eng erweisen, dem Vormundschaftsrichter die Verteilung der Gewalt überlassen sein.

Käme der Richter zu dem Ergebnisse, daß das Kind weder bei dem Vater, noch bei der Mutter gut aufgehoben sein würde, so müßte er die Kinder dritten Personen, bzw. Jugendwohlfahrtsbehörden zuteilen, wie dieses bei Bestehen der Ehe nach dem Reichsgesetze für Jugendwohlfahrt vom 9. Juli 1922 dann geschieht, wenn der Anspruch des Kindes auf Erziehung von der Familie nicht erfüllt wird[50]).

In diesem Sinne müßte das Vormundschaftsgericht, wenn es zum Besten des Kindes ist, auch befugt sein, das den geschiedenen Eltern zustehende Recht auf persönlichen Verkehr mit den Kindern gegebenenfalls gänzlich zu entziehen[51]).

Es könnte z. B. das Kind einer sittlich nicht einwandfreien Mutter auch durch den in weitesten Abständen vorgesehenen Verkehr, ja durch ein einmaliges Zusammenkommen mit der Mutter ungünstig beeinflußt werden und Schaden nehmen, so daß die Einführung etwa einer Bestimmung, wie sie das schwedische Gesetz über eheliche Kinder vom 11. Juni 1920 als notwendig ansieht, im Interesse des Kindes geboten wäre. § 12 des genannten Gesetzes gestattet dem Elternteile, dem die Erziehung entzogen ist, nur dann den persönlichen Verkehr mit dem Kinde, wenn nicht besondere Umstände vorliegen. Eine ähnliche Bestimmung, wenn auch nicht im Scheidungsfalle, findet sich im sowjetrussischen Ehegesetze 1926 in Art. 47. Hiernach dürfen die Eltern, wenn ihnen die Gewaltrechte entzogen sind, gleichwohl ihre Kinder sehen, aber nur dann, wenn für diese ein Zusammenkommen mit den Eltern nicht schädlich ist. Dieselbe Regelung sehen auch das ukrainische Gesetz in Art. 27 S. 2, sowie das weißrussische Gesetz in Art. 60 vor.

Ferner müßte das Vormundschaftsgericht ermächtigt sein, eine andere als die erstmalig getroffene Gewaltverteilung bei veränderten Verhältnissen der Eltern und Kinder vorzunehmen, entsprechend der Befugnis in § 1635 Satz 2 BGB., wonach das Vormundschafts-

---

49) Marie Munk a. a. O. S. 44.

50) Vgl. §§ 1 ff. RJWG. vom 9. 7. 1922 (RGBl. 1922 I S. 633 ff); siehe auch Art. 284 Abs. 1 des schweizerischen Zivilgesetzbuches, der eine Zuteilung an dritte Personen, an eine Familie oder Anstalt vorsieht, wenn das Kind in seinem leiblichen oder geistigen Wohle dauernd gefährdet oder verwahrlost ist.

51) Vgl. OLG. 11, 297; Marie Munk a. a. O. S. 45 und Anm. 1 daselbst.

gericht im Interesse der Kinder eine andere als die gesetzlich bestimmte Verteilung der Gewalt vorsehen kann. Diese Bestimmung in § 1635 Satz 2 BGB. ist zweckmäßig und weise und die einzige, in der das richterliche Ermessen bei Regelung der Gewaltverhältnisse zur Geltung kommt. Sie müßte aber nur dann Anwendung finden, nachdem sich eine andere als die bereits vorgenommene Gewaltverteilung nötig machte. Denn nach den vorgehenden Ausführungen wäre es besser, wenn dem Richter von vornherein die Verteilung der Kinder zukäme, da sich zweifellos in den weitaus meisten Fällen Abänderungen in der Verteilung der Gewalt erübrigen würden und den Kindern ein Wechseln erspart bliebe.

Die Feststellung und Würdigung der besonderen Gründe, über die das Gesetz nichts Näheres ausführt, würde wie bisher dem Vormundschaftsrichter überlassen sein[52]). Dabei müßte es sich um solche tatsächliche Umstände handeln, wie sie nicht regelmäßig vorzuliegen pflegen. Wenn ein Kind im zarten Alter der mütterlichen Pflege beraubt wird, so ist darin nichts Außergewöhnliches zu finden[53]). Ließen sich erhebliche gegen den berechtigten Elternteil sprechende Tatsachen nicht einwandfrei feststellen, oder würden sich die für die Mutter oder die für den Vater sprechenden Umstände, bei deren Bewertung immer nur das Interesse des Kindes maßgebend sein darf, einander nichts nehmen, so müßte es bei der erstmalig vom Vormundschaftsgerichte getroffenen Regelung bewenden[54]).

Es bleibt noch übrig, in diesem Zusammenhange die Frage zu erörtern, ob und inwieweit die Eltern an der Regelung der Gewaltverhältnisse teilnehmen können, ob sie vertraglich über ihre Kinder abschließen und auf die Gewaltrechte verzichten können. Auf dem Gebiete des Familienrechtes ist die Vertragsfreiheit nicht die Regel[55]). Die Sätze des Familienrechtes sind absoluter Natur[56]). Der Vater kann wohl auf die Nutznießung verzichten (§ 1662 BGB.), nicht aber auf die elterliche Gewalt[57]). Diese ist unüber-

52) OLG. 10, 288.

53) OLG. 10, 288.

54) Beschl. des Kammergerichtes vom 22. 12. 1909 in OLG. 21, 260; OLG. 18, 277 sieht einen „besonderen Umstand" darin, daß ein Elternteil, die Mutter, sittlich vorwurfsfrei ist, daß sie außerdem deshalb höhere Garantien für eine angemessene Erziehung des Kindes bietet, weil sie nicht, wie der Vater, durch den Betrieb eines Gewerbes verhindert sei, das Kind zu pflegen; vgl. auch OLG. Hamburg vom 25. 10. 1909 (OLG. 21, 260) und OLG. 7, 73.

55) Gruch. Beitr. Bd. 50, S. 1001.

56) Schmidt in Hölders Kommentar zum Familienrecht, 1. Abschnitt Einleitung II 2; siehe auch Danziger a. a. O. S. 16.

57) Walsmann, Der Verzicht S. 288; vgl. auch JW. 1903 Beil. S. 82 Nr. 190, S. 83 1. Abs.; Mot. IV S. 752, 842; siehe auch Gruch. Beitr. Bd. 53, S. 700, insbesondere S. 701.

tragbar. Dagegen sind Verträge über die Ausübung der Gewalt zugelassen. Die Eltern schließen mit dritten Personen rechtswirksam über die Erziehung ihrer Kinder ab, wie z. B. mit einem Meister, der das Kind in die Familie aufnimmt, oder mit dem Leiter von Erziehungsanstalten, Seminaren, Alumnaten. Also darf ihnen auch nicht verwehrt sein, untereinander über die Ausübung der Erziehung und anderer Gewaltrechte bindend abzuschließen. So argumentieren die Befürworter von Verträgen über die Ausübung der Gewalt. Alle Verträge der Eltern untereinander, die über die Kinder handeln, sind nach ihrer Ansicht dahin auszulegen, daß die Eltern nicht auf ihre Gewaltrechte an sich, sondern eben nur auf deren Ausübung verzichten wollen.

Was aber wird aus dem bloßen Gewaltrechte, wenn die Verträge rechtswirksam über die Ausübung bis zur Volljährigkeit des Kindes abgeschlossen sind? Dann ist der Gewaltausübende dem gegenüber, der das Gewaltrecht wohl hat, aber nicht ausübt, besser gestellt. Das ist von den Befürwortern dieser Verträge nicht hervorgehoben. Doch ist nicht zu verkennen, daß solche Verträge, sofern sie eine ruhige Erziehung der Kinder gewährleisten, von Segen sein können[58]). Immer aber müßten sie in Scheidungs- oder Trennungsfällen, wo sie in Erscheinung treten, der gerichtlichen Genehmigung bedürfen. Dann wäre auch die Frage, ob auf die Gewalt an sich oder auf die Ausübung verzichtet werden darf, müßig. Denn dann würden die Elternverträge bei der in Scheidungs- und Trennungsfällen anzustrebenden Regelung der Gewaltverhältnisse durch den Vormundschaftsrichter nichts weiter sein als Vorschläge, die der Richter entgegennähme und auf ihre Tauglichkeit hin nachprüfen müßte. Eine private Änderung der familienrechtlichen Verhältnisse, wie z. B. nach den Rechten der Sowjetrepubliken, käme hiernach schlechthin nicht in Frage. Die Rechte der Sowjetunion lassen Vereinbarungen der Eltern über den Verbleib ihrer Kinder zu, ohne dafür das Erfordernis gerichtlicher Genehmigung aufzustellen (vgl. im einzelnen Art. 22 des Ehegesetzes 1926 für die RSFSR., Art. 130 des Familiengesetzes 1926 der Ukraine und Art. 34 des Ehegesetzes 1927 für Weißrußland). Die getroffenen Abmachungen werden im sowjetrussischen Rechte (der RSFSR.) bei registrierten Ehen, im Gegensatze zu faktischen, nicht registrierten, in das Buch für Registrierung von Eheauflösungen eingetragen und Ausfertigungen hiervon einem jeden Ehegatten erteilt (Art. 22 S. 2, siehe auch Art. 23 des Ehegesetzes 1926.) (Vgl. ferner für die Ukraine Art. 130, sowie Art. 131 des Familiengesetzes 1926, für Weißrußland Art. 34 S. 2, sowie die Anmerkung zu Art. 34 des Ehegesetzes 1927, insbesondere S. 2 der Anmerkung.) Erst dann, wenn Vereinba-

---

58) André, Verträge zwischen Eltern über die Erziehung ihrer Kinder S. 36.

rungen der Eltern fehlen, entscheidet nach diesen Rechten das Gericht im Interesse der Kinder (Art. 24 Abs. 1) des russischen Ehegesetzes 1926, Art. 132 des ukrainischen Familiengesetzes 1926 und Artt. 35, 36 des weißrussischen Ehegesetzes 1927). Auch nach kubanischem Gesetze über die Scheidung mit Auflösung des Ehebandes vom 29. Juli 1918 (Art. 16) gelten von vornherein die Abmachungen der Eltern, und nur dann, wenn die Eltern nichts über den Verbleib der Kinder vereinbart haben, bestimmt das Gericht, wer die Kinder erhalten soll.

Diese Regelungen sind nicht erstrebenswert. Anders können nach österreichischem BGB. § 142, wie nach schweizerischem Rechte (Art. 158 Ziff. 5 ZGB.) die Eltern auch über die Pflege und Erziehung der Kinder, über die Nebenfolgen der Scheidung oder Trennung Vereinbarungen treffen, diese bedürfen aber zur Rechtsgültigkeit der richterlichen Genehmigung. Nach Schweizer Recht hat der Richter hierbei insbesondere darauf zu achten, daß die Verhältnisse unter den Eltern klar abgegrenzt werden, damit nicht neue Streitigkeiten zum Nachteile der Kinder entstehen [59]).

Auch das schwedische Recht läßt Abmachungen der Eltern über die Verteilung ihrer Kinder zu, die der Zustimmung des Richters bedürfen. Das Gericht kommt hierbei den Wünschen der Eltern entgegen, sofern dies nicht offenbar im Widerstreite mit dem Wohle des Kindes steht (§ 9 des Gesetzes über eheliche Kinder vom 11. Juni 1920).

Vorbildlich ist auch die Bestimmung in § 19 des estländischen Ehestandsgesetzes vom 27. Oktober 1922, wonach das Gericht gleichfalls auf gegenseitige Abkommen der Eltern über ihre Kinder eingeht, sofern diese den Kindern nicht nachteilig sind.

V. Die elterliche Gewalt der Mutter.

1. Die elterliche Gewalt der Mutter nach dem Tode des Vaters und infolge seiner Todeserklärung.

Die volle elterliche Gewalt erlangt die Mutter nach dem Tode des Vaters oder infolge seiner Todeserklärung (§ 1684 Abs. 1 Nr. 1 BGB.). Und zwar beginnt ihre elterliche Gewalt im Zeitpunkte des Todes, bzw. der Geburt des Kindes, wenn der Vater vorher gestorben ist. Ist der Vater für tot erklärt, so hat sie die Gewalt wirklich und nicht nur vermutungsweise von dem Zeitpunkte an, der als Zeitpunkt des Todes des Vaters gilt. Dieser Zeitpunkt muß nach § 970 Abs. 2 ZPO. im Urteile festgestellt werden. Rechtshandlungen, die die Mutter innerhalb des Zeitraumes von dem mutmaßlichen

59) Gmür a. a. O., I. Abteilung: Das Eherecht, I 2 zu Art. 156.

Todestage bis zum Erlasse des die Todeserklärung aussprechenden Urteiles für das Kind vorgenommen hat, sind daher gültig, obgleich sich die Mutter zur Ausübung der elterlichen Gewalt noch nicht für berechtigt halten konnte [60]).

Lebt der für tot erklärte Vater noch, und erlangt er nach § 1679 Abs. 2 BGB. die elterliche Gewalt dadurch wieder, daß er dem Vormundschaftsgerichte gegenüber seinen hierauf gerichteten Willen erklärt [61]), so endigt damit die elterliche Gewalt der Mutter. Gibt der Vater die Erklärung nicht ab, so verbleibt der Mutter die elterliche Gewalt. Hat die Mutter eine neue Ehe geschlossen und damit die alte Ehe aufgelöst, so muß, wenn der Vater die Erklärung nach § 1679 Abs. 2 BGB. abgibt und die elterliche Gewalt aufnimmt, eine Verteilung derselben nach den §§ 1635, 1637 BGB. erfolgen. Es gilt dann in Ansehung der Personensorge das gleiche, wie wenn die Ehe gschieden ist und beide Ehegatten für schuldig erklärt sind [62]).

Der Eintritt der elterlichen Gewalt der Mutter geschieht kraft Gesetzes. Eine Bestellung der Mutter durch das Gericht findet nicht statt.

Ist die Mutter durch den Tod oder die Todeserklärung des Vaters alleinige Inhaberin der elterlichen Gewalt, so ist sie darin dem Vater völlig gleichgestellt. Neben der Personensorge, der Vermögensverwaltung und der Vertretung hat sie auch das Recht der Nutznießung. Hierbei kann es dahingestellt bleiben, in welchem Umfange dem Vater die elterliche Gewalt zustand. Die Mutter erlangt insbesondere die Nutznießung auch dann, wenn der Vater auf sie verzichtet hat.

Darin aber, daß das Gesetz die elterliche Gewalt der Mutter der des Vaters völlig gleichstellt, liegt der eigentliche Schwerpunkt der von ihm getroffenen Neuerung [63]). Das Bürgerliche Gesetzbuch

---

60) Rothe a. a. O. S. 29.

61) Auch die Mutter müßte, wenn sie für tot erklärt ist, die elterliche Gewalt dadurch wiedererhalten, daß sie dem Vormundschaftsgerichte eine hierauf gerichtete Erklärung abgibt. Dieses Recht steht ihr aber nicht zu. Sie erlangt im Falle ihrer Todeserklärung die elterliche Gewalt nur dann, wenn der Vater die seine verwirkt hat (vgl. hierüber meine Ausführungen S. 42 Abs. 2).

62) Blume a. a. O., Bem. 2a zu § 1684.

63) Fuld a. a. O. S. 440 begrüßt die Anerkennung der elterlichen Gewalt der Mutter als einen Kulturfortschritt von großer Tragweite, als einen Sieg der germanischen Rechtsauffassung über die römische. Gierke, Der Entwurf des bürgerlichen Gesetzbuchs und das deutsche Recht S. 470 ff. erblickt in der Einführung der mütterlichen Gewalt die Erfüllung einer in unserer Rechtsgeschichte angelegten und in den modernen Kulturverhältnissen begründeten Forderung. Vgl. auch die Gutachten von Pfaff und Kohler, Verhandlungen des 19. Deutschen Juristentages Bd. 2, S. 153 und 228.

hat damit für ganz Deutschland eine tief eingreifende Neuerung gebracht. Zugleich erübrigten sich eine große Zahl von Vormundschaften, mit deren Wegfalle eine bedeutende Vereinfachung eingetreten ist. Denn die Kinder, die eine Mutter haben, erhalten fortan keinen Vormund. Die elterliche Gewalt der Mutter tritt für sie ein, ebenso wie vorher die des Vaters.

Die Mutter wird nach dem Tode des Vaters und infolge seiner Todeserklärung auch dann Inhaberin der Gewalt, wenn die Ehe geschieden ist und sie alleinschuldig oder als mitschuldig nach § 1635 BGB. erklärt ist[64]). In diesen Fällen, wie bei nichtgeschiedenen Ehen, erlangt sie aber nur dann die Gewalt, wenn sie nicht eine neue Ehe eingegangen ist oder eingeht. Andernfalls gebührt ihr nur die tatsächliche Fürsorge für das Kind nach Maßgabe von § 1697 Satz 2 BGB.[65]).

Diese Regelung, die den Eintritt der Gewalt der Mutter nach dem Tode des Vaters, bzw. seiner Todeserklärung, unabhängig davon macht, ob die Mutter an der Scheidung Schuld hat oder nicht, ist weise. Eignet sich die Mutter zur Erfüllung der Gewaltpflichten, so ist den Kindern geholfen. Einer unwürdigen Mutter wären die Gewaltrechte zu entziehen[66]).

Die Mutter erhält unter den Voraussetzungen des § 1684 Abs. 1 Nr. 1 BGB. ferner dann die Gewalt, wenn die Ehe nichtig war und beide Ehegatten dieses bei Eingehung der Ehe nicht wußten. War die Mutter bösgläubig, so erhält sie nicht die Gewalt, sondern nur die tatsächliche Personensorge[67]).

Auf den Erwerb der elterlichen Gewalt durch die Mutter hat es keinen Einfluß, wenn sie an der Ausübung der Gewalt tatsächlich oder rechtlich verhindert ist. Dagegen erlangt sie, außer bei Wiederverheiratung, auch dann nicht die Gewalt, wenn sie diese verwirkt hat[68]).

Die elterliche Gewalt der Mutter erleidet nun allerdings insofern eine Einschränkung, als der Vater, und zwar auch bei geschiedenen Ehen der alleinschuldige Vater[69]), durch letztwillige Verfügung anordnen kann, daß der Mutter ein Beistand bestellt werde (§ 1687 Abs. 1 Nr. 1 BGB.).

---

64) RG. 62, 288.

65) Vgl. hierüber meine weiteren Ausführungen S. 39 (Abs. 1) ff.

66) Würde im Sinne meiner Ausführungen S. 31 Abs. 1 der Vormundschaftsrichter dahin erkannt haben, daß das Kind am besten bei einer dritten Person unterzubringen war, so käme solchenfalls für die Mutter kein Gewalterwerb in Frage.

67) Vgl. hierzu IV unter 2 meiner Ausführungen (S. 26 letzt. Abs.).

68) Goldmann-Lilienthal a. a. O., § 45 II 1 c; Planck a. a. O., Bem. 4 zu § 1684.

69) Vgl. Staudinger a. a. O., II unter 1 a zu § 1687.

Soweit dieser nicht nur für einen bestimmten Kreis von Angelegenheiten (z. B. für die Vermögensverwaltung) oder auch nur für gewisse einzelne Angelegenheiten (z. B. für die Durchführung einer Auseinandersetzung) bestellt wird, beschränkt er die Mutter außerordentlich in ihrer Bewegungsfreiheit[70]). Da er rechtlich die Stellung als Gegenvormund einnimmt, braucht sie seine Genehmigung zu jedem Rechtsgeschäfte, zu dem der Vormund der Genehmigung des Vormundschaftsgerichtes oder des Gegenvormundes bedarf. (Vgl. auch die Vorschriften über die Anlegung von Mündelgeld, die dann zur Anwendung kommen, wenn die Anlegung von Geld in den Wirkungskreis des Beistandes fällt, § 1691 vbd. § 1809, 1810 BGB.; siehe ferner die Bestimmung über die Zuziehung des Beistandes bei der Aufnahme eines Vermögensverzeichnisses, § 1692 BGB.)

Nun wird die Mutter zwar in vielen Fällen ohne Beistand auskommen. Dennoch ist die Einrichtung der Beistandschaft als solche im ganzen erfreulich. Vor allem ist die Bestimmung einwandfrei, wonach die Mutter selbst die Bestellung eines Beistandes beantragen darf. Fühlt sie sich den Gewaltpflichten, insbesondere der Vermögensverwaltung, nicht gewachsen, so ist die Anordnung einer Beistandschaft zu begrüßen. Auch wird die Bestellung des Beistandes dann der Mutter und den Kindern nützen, wenn der sterbende Vater mit Recht erkannt hat, daß die Mutter eines Beraters bedarf, und er deshalb die Anordnung vorsah. Gegen eine von dem Vater zu Unrecht angeordnete Beistandschaft, beispielsweise in geschiedenen Ehen, müßte sich jedoch die Mutter verwahren dürfen. Es müßte dann das Vormundschaftsgericht, das nach geltendem Rechte der Anordnung Folge leisten muß[71]), ermächtigt sein, von der Vollziehung der Anordnung Abstand zu nehmen.

Unbedenklich ist dann wieder die Bestimmung, wonach das Vormundschaftsgericht nach seinem Ermessen der Mutter einen Beistand bestellen darf. Denn zweifellos kann es auch vorkommen, daß Verwandte oder andere Personen mit Recht der Mutter die Hilfe eines Beistandes sichern möchten und deshalb dem Gerichte Mitteilung machen, weil die Mutter vielleicht aus Unkenntnis oder Scheu vor dem Gerichte nicht selbst die Beiordnung eines Beistandes beantragt. Gegen das Vorgehen übelgesinnter Menschen, die der Mutter schaden könnten, würde sie gschützt sein durch die Bestimmung in § 1673 vbd. § 1686 BGB., wonach der Vormundschafts-

---

70) Bulling a. a. O. S. 160 ff. fordert aus diesem Grunde die Streichung sämtlicher, die Anordnungen eines Beistandes betreffenden Bestimmungen. Er bemerkt: „Anders verbliebe von einer elterlichen Gewalt der Mutter nur der Schein." — Demgegenüber sprechen sich die Gutachten über den Entwurf zu einem BGB. Bd. 4, S. 376 ff. im ganzen für die Beistandschaft aus. Manche fordern an Stelle des Beistandes einen Vormund.

71) Vgl. Fischer-Henle a. a. O., Bem. 2 zu § 1687, Jastrow a. a. O. S. 129.

richter die Mutter hören muß, bevor er eine Entscheidung erläßt. Bei ihm wird es liegen, festzustellen, möglicherweise auch unter Befragung unparteiischer Personen, ob es sich bewahrheitet, daß die Mutter eines Beistandes bedarf. Das übersehen Bulling[72]) und Clara Eck[73]), die sich gegen die Beistandsbestellung durch das Gericht von sich aus wenden mit der Begründung, dem Richter fehle in diesen Fällen zumeist die nötige Kenntnis der Person der Mutter. Allerdings werden die Fälle vereinzelt sein, in denen der Richter die Mutter kennt, wie etwa zufällig oder in ländlichen Verhältnissen, wo er genau weiß, ob sie eines Beistandes bedarf. Die Bestimmung in § 1673 BGB. kommt aber auch ihm zu Hilfe.

In allen Fällen aber, in denen der Beistand bestellt wird, soll er die Mutter unterstützen, nicht aber überwachen. „Der Beistand soll kein Aufpasser der Mutter sein“[74]).

Nur der Vater darf nach dem Gesetze testamentarisch eine Beistandschaft für die Mutter anordnen, nicht aber die Mutter für den Vater. Und doch werden die Fälle nicht ausgeschlossen sein, in denen auch sie den Wunsch hat, für die Kinder, die sie zurückläßt, eine Vertrauensperson zu sichern, die den Vater unterstützt, soweit er einer solchen Unterstützung bedarf[75]).

Deshalb ist die Aufnahme einer weiteren Bestimmung im Gesetze, wonach auch die Mutter testamentarisch für den Vater eine Beistandschaft anordnen darf, wünschenswert[76]).

Außer durch Anordnung einer Beistandschaft erleidet die elterliche Gewalt der Mutter noch in zwei weiteren Fällen eine Einschränkung.

Einmal bestimmt § 1696 BGB., daß die elterliche Gewalt der Mutter ruht, solange sie minderjährig ist. Ferner verliert die Mutter nach § 1697 BGB. bei Eingehung einer neuen Ehe die elterliche Gewalt. In beiden Fällen erhält das Kind einen Vormund.

Was den Fall des Ruhens der Gewalt der Mutter wegen Min-

---

72) a. a. O. S. 162.

73) a. a. O. S. 148.

74) Kohler, Verhandlungen des 19. Deutschen Juristentages S. 228; Rothe a. a. O. S. 39; Weißweiler, Die Ausübung der elterlichen Gewalt S. 82.

75) Der code civil unterwirft den verwitweten Vater ebenso wie die Mutter, was die Vermögensverwaltung angeht, der Überwachung durch den Familienrat und einen Gegenvormund. Vgl. ferner Marianne Weber, Ehefrau und Mutter S. 447, Marie Munk, Die elterliche Gewalt und ihre Reform, JW. 1925 I S. 310 und Vorschläge zur Reform des Rechts der Ehescheidung und der elterlichen Gewalt S. 47, sowie Clara Eck a. a. O. und Bulling a. a. O. S. 161, letzter Absatz.

76) Der Beistand kann weiblichen Geschlechtes sein (Böhm, Das Vormundschaftsrecht des Bürgerlichen Gesetzbuchs S. 35; Jastrow a. a. O. S. 124).

derjährigkeit anlangt, so ist die Mutter dem minderjährigen Vater gegenüber besser gestellt. Der Vater darf erst heiraten, wenn er volljährig ist. Er hat also als Minderjähriger noch kein eheliches Kind. Der minderjährigen Mutter steht dagegen die elterliche Gewalt zu. Sie ruht zwar, aber die Mutter darf in diesem Falle doch, wenn auch unter Ausschluß der Vertretung des Kindes, das ihr zustehende Personensorgerecht ausüben. Und auch hierin ist sie unabhängig von dem Vormunde, der für das Kind bestellt wird, denn in allen die persönliche Sorge betreffenden Angelegenheiten hat er nur die Stellung eines Beistandes. Er kann also wohl das Einschreiten des Vormundschaftsgerichtes bei vorliegenden Voraussetzungen veranlassen, nicht aber bei Meinungsverschiedenheiten zwischen ihm und der Mutter entscheiden. Diese Regelung entspricht den natürlichen Verhältnissen und ist deshalb nicht zu beanstanden.

Was die weitere Ausnahme angeht, wonach die Mutter bei Eingehung einer neuen Ehe die elterliche Gewalt verliert und für das Kind ein Vormund bestellt wird, so ist wohl dagegen anzuführen, daß die neue Ehe im Grunde das Empfinden der Mutter ihren Kindern gegenüber nicht zu ändern vermag. Auch ist ihre Schlechterstellung gegenüber dem Vater, der im gleichen Falle die Gewalt behält, nicht gerechtfertigt. Immerhin lassen sich einige Bedenken nicht ganz von der Hand weisen. Denn die Mutter gerät durch die zweite Heirat in eine größere Abhängigkeit von den Verhältnissen der neuen Ehe. Dieses wird zwar im Schrifttum verschiedentlich in Abrede gestellt, dann aber auch wieder zugestanden[77]). Kohler[78]) sieht zum mindesten die gedeihliche Fortführung des Nutznießungsrechtes und auch der Vermögensverwaltung gefährdet.

Diese möglicherweise auftretenden Übelstände würden jedoch durch Bestellung eines Vermögenspflegers oder eines Beistandes zu beheben sein[79]).

Ungerechtfertigt bleibt in jedem Falle die Entziehung des Rechtes, das Kind in persönlichen Angelegenheiten zu vertreten. Diese Regelung insbesondere kann zu ernsten, dem Kinde nach-

---

77) Opet a. a. O. S. 307 vermißt eine hinreichende Begründung für die Entziehung der Gewalt in diesem Falle, ähnlich stellt Fuld a. a. O. S. 139 die Notwendigkeit in Frage, der Mutter die Gewalt zu nehmen. Insbesondere wendet sich Marie Munk, Die elterliche Gewalt und ihre Reform, JW. 1925 Teil I, S. 310 in anschaulicher Ausführung gegen die Bestimmung. Dagegen billigt Gierke a. a. O. S. 475, daß die väterliche Gewalt durch Wiederverheiratung nicht endigt, wohl aber in diesem Falle die mütterliche.

78) a. a. O. S. 226.

79) Siehe auch Opet a. a. O. S. 307; Jastrow a. a. O. S. 168; Marie Munk a. a. O.

teiligen Streitigkeiten zwischen der Mutter und dem Vormunde führen. Außerdem hat die Mutter die Personensorge neben dem Vormunde, der ihr gegenüber zwar die Stellung eines Beistandes einnimmt, sie aber doch in ihrer Bewegungsfreiheit als Mutter einschränken kann.

Dabei läßt das Gesetz der Mutter die Möglichkeit, Vormund ihrer Kinder zu werden, vorausgesetzt, daß ihr Ehegatte zustimmt. Unter dem fremden Namen des Vormundes entfaltet sie dann dieselbe Tätigkeit, die man ihr als der wieder verheirateten Mutter nicht anvertrauen wollte.

Die Gebundenheit der Mutter an die Zustimmung des zweiten Mannes ist hierbei doppelt unerfreulich, wenn anders die Zulassung der Mutter als Vormund und nicht sie selbst als elterliche Gewalthaberin in Betracht kommt. Der Mann darf außerdem diese Zustimmung jederzeit widerrufen, so daß ein übelgesinnter Stiefvater leicht die ihm unbequeme Vormundschaft der Mutter beseitigen kann [80]).

In eine vollends mißliche Lage gerät die Mutter dann, wenn sie auch in der neuen Ehe Kinder hat und das Unglück erleidet, in kurzem zum zweiten Male Witwe zu werden. In diesem Falle hat sie zwar über die Kinder der zweiten Ehe, nicht aber über die Vorkinder die elterliche Gewalt. Denn die einmal verlorene elterliche Gewalt lebt bei erneuter Witwenschaft nicht wieder auf [81]).

Anders und besser erlangt nach brasilianischem Gesetzbuche (Art. 393) die Mutter bei erneuter Witwenschaft die elterliche Gewalt zurück. Diese Neuerung ist gewiß berechtigt. Sie würde sich aber erübrigen, wenn bereits der zum ersten Male verwitweten Mutter die Gewalt bei ihrer Wiederverheiratung belassen bliebe. Eine solche Regelung ist anzustreben.

Im Interesse der Kinder müßte aber sowohl für die Mutter, als auch für den Vater im gleichen Falle die Bestellung eines Beistandes möglich sein. Derselbe müßte auf Antrag oder auch von Amts wegen bestellt werden dürfen. Erforderlichenfalls könnte das Vormundschaftsgericht bei nachgewiesener Gefährdung der Kinder auch die Gewaltrechte entziehen.

Im letzteren Sinne hat sich das Schweizer ZGB. entschieden. Dieses beläßt der Mutter wie dem Vater im Wiederverheiratungsfalle die elterliche Gewalt. Bei dem Vorliegen besonderer Umstände, „wenn es die Verhältnisse erfordern", können jedoch der Vater wie die Mutter die Gewalt verlieren (Art. 286 Abs. 1).

Weniger glücklich ist die italienische Gesetzgebung, nach der die Mutter die Gewalt nur dann behält, wenn ihr der Familienrat, den sie in diesem Falle einberufen muß, die Vermögensverwaltung

80) Jastrow a. a. O. S. 168.
81) Jastrow a. a. O.

beläßt (codice civile 237). Unterläßt sie die Einberufung, so verliert sie die Vermögensverwaltung, und sie, sowie ihr zweiter Ehemann haften gesamtschuldnerisch für die geführte Verwaltung. Ein übelwollender Familienrat kann hier leicht der Mutter schaden (vgl. codice civile 238).

2. Die elterliche Gewalt der Mutter nach Verwirkung der elterlichen Gewalt durch den Vater und Auflösung der Ehe.

Der Mutter steht außer nach dem Tode und der Todeserklärung des Vaters die elterliche Gewalt auch dann zu, wenn sie der Vater verwirkt hat und die Ehe aufgelöst ist.

Die Bedenken, die das Bürgerliche Gesetzbuch getragen hat, der Mutter bei Lebzeiten des Vaters, wenn er die elterliche Gewalt verwirkt hatte, die Gewalt zu erteilen, fallen mit der Auflösung der Ehe weg.

Verwirkung der elterlichen Gewalt und Auflösung der Ehe müssen zusammentreffen. Dabei scheidet der Tod als Auflösungsgrund aus. Denn in diesem Falle steht der Mutter die elterliche Gewalt ausschließlich zu.

Als Hauptanwendungsfall für den Erwerb der elterlichen Gewalt durch die Mutter bei Verwirkung der Gewalt durch den Vater kommt der Auflösungsgrund der Ehescheidung in Frage. Die Aufhebung der ehelichen Gemeinschaft fällt nicht hierunter; denn sie ist Forterhaltung der alten Ehe mit grundsätzlich allen Wirkungen der aufgelösten Ehe [82]).

Der Auflösung der Ehe durch Scheidung steht in diesem Falle im Erfolge, wenn auch rechtlich auf anderer Grundlage, die gerichtliche Nichtigkeitserklärung einer ungültigen Ehe gleich. Waren beide Eltern bei Eingehung der Ehe gutgläubig und hiernach die Kinder als ehelich anzusehen (§ 1699 BGB.), so erhält die Mutter ohne weiteres die Gewalt, wenn der Vater die seine verwirkt hat [83]). Eignet sie sich zur Gewalthaberin, so ist hiergegen nichts einzuwenden. War die Mutter bösgläubig, so erhält sie nur die Personensorge. (Vgl. hierzu S. 26 letzt. Abs., S. 27 vbd. S. 28, 45 meiner Ausf.)

Ist die Ehe durch Fürtoterklärung des Vaters und Wiederverheiratung der Mutter nach § 1348 BGB. aufgelöst, so verbleibt der Mutter nur das Personensorgerecht nach § 1697 BGB.

---

82) Schmidt a. a. O., Bem. 2 c zu § 1586. Diese Frage, ob durch die Aufhebung der ehelichen Gemeinschaft die Ehe aufgelöst wird oder nicht, ist äußerst umstritten. Dafür: Planck a. a. O., Bem. 3 zu § 1586, Endemann a. a. O., § 168, 3 b, Blume a. a. O., Bem. 1 d zu § 1586. Dagegen: Staudinger a. a. O., 1. Teil, Bem. 2 zu § 1586.

83) Heydemann a. a. O. S. 20.

Auch hier müßte sie die Gewalt erhalten, wenn der Vater die seine in Ansehung des ihm zugesprochenen Kindes verwirkt hat. (Vgl. hierzu S. 35 vbd. S. 28 ff. meiner Ausf.)

Ist die Ehe durch Fürtoterklärung der Mutter und Wiederverheiratung des Vaters aufgelöst, so verliert die Mutter die elterliche Gewalt, auch wenn sie noch lebt[84]). Allerdings kann sie in diesem Falle die elterliche Gewalt wiederaufnehmen, und zwar als ausschließliche, wenn der Vater die seine verwirkt hat[85]).

Die Verwirkung der elterlichen Gewalt tritt in zwei Fällen ein: einmal wegen Verurteilung des Vaters nach § 1680 BGB., sodann im Falle des § 1771 Abs. 1 BGB. wegen Abschließung einer nichtigen Ehe zwischen dem Adoptivvater und dem Adoptivkinde (§ 1771 Abs. 2 BGB.).

Was den Fall des § 1680 BGB. angeht, so verwirkt der Vater die elterliche Gewalt wegen eines an dem Kinde verübten Verbrechens oder vorsätzlichen Vergehens. Dasselbe braucht sich nicht, wie nach dem französischen Gesetze vom 24. Juli 1889 und belgischem Gesetze vom 15. Mai 1912, nur gegen die Person des Kindes zu richten. Nach Fischer-Henle[86]) müssen zwar die Handlungen gerade die Person des Kindes ergreifen, also entweder Sittendelikte oder Körperverletzung sein. Allein der Begriff „an dem Kinde" ist nicht eng auszulegen. Auch die Verbrechen und Vergehen, die das Vermögen des Kindes angreifen, wie Diebstahl und Betrug, gehören zu den strafbaren Handlungen im Sinne von § 1680 BGB. Der Streit, was mit „an dem Kinde" verübten Verbrechen oder Vergehen gemeint ist, läßt sich darauf zurückführen, daß der Entwurf I im Gesetzestexte die Worte enthielt: „wegen eines gegen das Kind oder an dem Kinde verübten Verbrechens", während die 2. Kommission die jetzige Fassung gewählt hat. Die 2. Kommission hat aber eine sachliche Änderung des Entwurfes I in dieser Richtung nicht beschlossen. Die Protokolle weisen nicht darauf hin.

Den Vater muß für die Begehung der Straftat Zuchthausstrafe oder eine Gefängnisstrafe von mindestens sechs Monaten treffen. Wird er zu einer anderen Strafart oder zu einer zeitlich geringer bemessenen Strafe verurteilt, so kann jedoch das Vermundschaftsgericht aus § 1666 BGB. gegen ihn vorgehen.

Was den Fall der Verwirkung nach § 1771 Abs. 2 BGB. angeht, so wird er für den Gewalterwerb durch die Mutter kaum in Betracht kommen. Dies wäre nur dann möglich, wenn Vater und Mutter gemeinschaftlich ein Kind oder eins von ihnen das Kind des anderen angenommen hätte, beide darauf geschieden wären,

---

84) Vgl. auch S. 35 Anm. 61 meiner Ausführungen.
85) Blume a. a. O., Bem. 2 b zu § 1684.
86) a. a. O., Bem. 2 zu § 1680.

und wenn hiernach der Ehegatte die angenommene Tochter in nichtiger Ehe geheiratet hätte (vgl. auch § 1757 Abs. 2 BGB.) [87]).

Steht dem Vater nicht die volle elterliche Gewalt, sondern nur ein Teil derselben zu, z. B. die Personensorge, etwa mit Rücksicht darauf, daß über sein Vermögen der Konkurs eröffnet worden ist, so ist mit Recht § 1680 BGB. gleichfalls anwendbar [88]).

Ohne Einfluß auf die einmal verwirkte elterliche Gewalt ist die Begnadigung des Vaters [89]). Dagegen ist nichts einzuwenden; denn mit der am Kinde verübten Tat hat er für immer das Vertrauen seines Kindes verloren (vgl. auch meine Ausf. S. 24 Abs. 2). Dagegen entfällt nach rückwärts die Verwirkung, wenn im Wege der Wiederaufnahme das Strafurteil aufgehoben und der Vater freigesprochen oder zu einer milderen als der in § 1680 BGB. angegebenen Strafe verurteilt wird.

Die Verwirkung tritt von selbst kraft Gesetzes mit der Rechtskraft des Urteiles ein, und zwar nur hinsichtlich des Kindes, an dem die strafbare Handlung verübt ist. Den anderen Kindern gegenüber behält der Vater die elterliche Gewalt. Die Motive [90]) führen zu dieser Regelung aus, daß ein unbedingter Schluß von dem Verhalten des Gewalthabers gegenüber dem einen Kinde auf das künftige Verhalten desselben gegen die anderen Kinder nicht zulässig sei, namentlich dann nicht, wenn Kinder aus verschiedenen Ehen vorhanden seien und es sich um Vergehen wie Aussetzung und Körperverletzung handele.

Die Aufrechterhaltung der Gewalt gegenüber den anderen Kindern in solchen Fällen widerspricht aber dem natürlichen sittlichen Empfinden, so daß der mit der Bestimmung angestrebte Zweck ausdehnende Auslegung erfordern dürfte [91]).

Verwirkt der Vater die Gewalt nach der Scheidung, so steht der Mutter mit der Rechtskraft des Strafurteiles die elterliche Gewalt zu. Verwirkt er die Gewalt vor der Scheidung, so erwirbt die Mutter die Gewalt mit der Auflösung der Ehe (§ 1684 Abs. 1 Nr. 2), und zwar hier, wie im ersten Falle, einschließlich des Nutzungsrechtes

---

87) Beruht die Nichtigkeit der Ehe auf einem Formmangel und ist die Ehe nicht in das Heiratsregister eingetragen, so wird die elterliche Gewalt nicht verwirkt. Bloßer Verlust im Gegensatze zur Verwirkung der Gewalt tritt ein, wenn dem Verbote des § 1311 BGB. zuwider die Ehe geschlossen wird, ohne daß sie Nichtigkeit begründet. Eine solche Ehe ist gültig. (Vgl. auch Kipp a. a. O., § 93 II 6.)

88) Planck a. a. O., Bem. 7 zu § 1680.

89) Jastrow a. a. O. S. 139.

90) IV S. 840.

91) Böhm, Wann ist gemäß § 1773 Abs. 1 des BGB. Vormundschaft über Minderjährige einzuleiten? Gruch. Beitr. Bd. 41, S. 561; Clara Eck a. a. O. S. 134.

und von selbst, ohne daß es einer Übertragung durch das Vormundschaftsgericht bedarf.

Die Verwirkung der elterlichen Gewalt bedeutet den Verlust derselben in vollem Umfange, also einschließlich der elterlichen Nutznießung.

Die Mutter erwirbt die volle Gewalt nur dann, wenn sie schuldlos geschieden ist.

Wenig glücklich muß auch hier die Abhängigmachung des Erwerbes der Gewalt für sie von ihrer Scheidungsschuld anmuten. Die alleinschuldige, wie die mitschuldige Mutter erhält für die Lebenszeit des Vaters nur die Rechte der Vertretung des Kindes, der Vermögensverwaltung und Nutznießung, nicht aber die tatsächliche Sorge für die Person des Kindes. Diese Regelung ist vor allem auch für das Kind, das einen Personenpfleger erhält, nachteilig; denn die Gewalt liegt am besten in einer Hand.

Hat der Vater die Gewalt vor der Scheidung verwirkt, so würden der Mutter die Kinder zu belassen sein, vorausgesetzt, daß sie das Vormundschaftsgericht nicht besser bei einer dritten Person untergebracht wüßte. Hat er die Gewalt nach der Scheidung verwirkt und hätte beispielsweise eine von mir vorgeschlagene richterliche Verteilung der Gewalt bereits stattgefunden, so müßte auch hier die Mutter unter den gleichen Voraussetzungen, daß die Kinder nicht besser bei einer dritten Person aufgehoben wären, die elterliche Gewalt erhalten. Und zwar müßte dies auch für die Fälle gelten, in denen sich die Mutter wieder verheiratet hat.

Die Abhängigmachung der Gewalt der Mutter von ihrer Scheidungsschuld ist aber auch um deswillen unbillig, weil die Mutter im Falle des Todes und der Todeserklärung des Vaters ohne Rücksicht auf ihre Schuld die Gewalt erhält. Diese verschiedene Stellungnahme ist ungerechtfertigt; denn in beiden Fällen, sowohl bei der Verwirkung, wie beim Tode ist die Gewalt des Vaters zu Ende. Das Wiederaufleben kommt zunächst nicht in Frage. Tritt zu der Verwirkung noch die Eheauflösung hinzu, so hat die Mutter in diesem Falle die gleiche Stellung wie beim Tode des Vaters [92]). Es wäre deshalb auch hier der Mutter die Gewalt zu überlassen. Zeigt sie sich unwürdig, so könnte ihr hier, wie in allen anderen Fällen, wo sie die Gewalt erhält, diese entzogen werden.

Mit Recht erwirbt die Mutter die Gewalt auch dann, wenn sie in der Ausübung derselben tatsächlich oder rechtlich verhindert ist. Mit Recht fällt ihr dagegen die Gewalt dann nicht zu, wenn sie diese verwirkt hat [93]).

---

92) Heydemann a. a. O. S. 26.
93) Goldmann-Lilienthal a. a. O., § 45 II unter 1 c.

3. Die elterliche Gewalt der Mutter bei Nichtigkeit der Ehe, wenn der Vater allein bösgläubig war.

Außer den Fällen des § 1684 Abs. 1 Nr. 1 und 2 BGB. erwirbt die Mutter auch dann die elterliche Gewalt, wenn die Ehe nichtig war und allein der Vater die Nichtigkeit kannte. Dann hat der Vater keinerlei Gewaltrechte, nicht einmal das Recht des persönlichen Verkehrs. Und zwar ist die Mutter Gewalthaberin von Eingehung der Ehe an, nicht erst, wie Staudinger[94]) und Kommentar der Reichsgerichtsräte[95]) annehmen, wennschon mit rückwirkender Kraft, von der Nichtigkeitserklärung oder Auflösung der Ehe an. Denn eine Scheinehe ist von Anfang an nichtig. Der Umstand, daß die Nichtigkeit, solange nicht die Ehe für nichtig erklärt oder aufgelöst ist, nur im Wege der Nichtigkeitsklage geltend gemacht werden kann (§ 1329 BGB.), hindert nicht den Eintritt der materiellen Folgen, die sich aus der Nichtigkeit ergeben[96]). Ebensowenig ist der Zeitpunkt, in dem die Bösgläubigkeit des Vaters rechtskräftig festgestellt ist, den Dernburg[97]) und Endemann[98]) für maßgebend halten, entscheidend.

Für die elterliche Gewalt der Mutter gelten dieselben Bestimmungen, wie wenn der Vater gestorben wäre. Darüber hinaus ist sie in diesem Falle besser gestellt als beim Tode des Vaters. Denn der Vater ist nicht berechtigt, ihr einen Beistand zu bestellen.

Das Gesetz ist bei der Zuteilung der elterlichen Gewaltrechte bei nichtigen Ehen, ähnlich wie im Falle der Scheidung, von dem Verschuldungsgrundsatze ausgegangen. Das Verschulden liegt hierbei in der Kenntnis der Nichtigkeit der Ehe bei Eheschließung. Dieser Ausgangspunkt ist aber im Interesse des Kindes nicht allgemein als richtig anzusehen.

Deshalb müßte auch hier, unabhängig von dem Verschulden, der Vormundschaftsrichter feststellen, bei welchem Elternteile das Kind am besten aufgehoben sein würde, bzw. ob das Kind einer dritten Person zuzuweisen sei[99]).

---

94) a. a. O., Bem. 5 zu § 1701.
95) Bem. 2 zu § 1701.
96) Goldmann-Lilienthal a. a. O., § 47, II, unter 1 b β und Anm. 13.
97) Dernburg a. a. O., 4. Band, § 86 II unter 1.
98) a. a. O., § 205 unter 4 b.
99) Vgl. IV unter 3 meiner Ausführungen (S. 29 ff.).

VI. Die Ausübung der elterlichen Gewalt durch die Mutter

1. Die Ausübung der elterlichen Gewalt durch die Mutter bei tatsächlicher Verhinderung des Vaters.

In gewissen Fällen übt die Mutter die elterliche Gewalt schon bei Lebzeiten des Vaters aus. Dies geschieht zunächst, wenn der Vater an der Ausübung der elterlichen Gewalt tatsächlich verhindert ist (§ 1685). Der Vater bleibt in diesem Falle Inhaber der elterlichen Gewalt. Die Mutter übt die Gewalt nur aus [100]).

Alle drei Entwürfe zum Bürgerlichen Gesetzbuche haben für diesen Fall der tatsächlichen Verhinderung des Vaters der Mutter die Ausübung nicht übertragen wollen, einmal im Hinblicke auf die Verkehrssicherheit, die dadurch gefährdet sei, daß die Mutter ihre Vertretungsmacht schwer nachweisen könne und dann mit der Begründung, daß hier, wo ein Ruhen der elterlichen Gewalt nicht in Betracht komme, ein dringendes praktisches Bedürfnis nicht vorhanden sei, die Mutter die elterliche Gewalt ausüben zu lassen. Die Entwürfe führen aus, daß in diesen Fällen die Bestimmungen über die Anordnung einer Pflegschaft und über die Geschäftsführung ohne Auftrag als ausreichend zu erachten sein würden.

Einen anderen Standpunkt vertrat die Reichstagskommission, die die jetzige gesetzliche Fassung erzielte. Sie hielt die Stellung der Frau und ihre Würde als Mutter nicht für genügend gewahrt, wenn in den Fällen tatsächlicher Verhinderung des Vaters nicht sie, sondern das Vormundschaftsgericht, bzw. ein zu bestellender Pfleger eintreten sollte [101]).

Hier erhebt sich die Frage, ob es nötig war, selbst wenn die Mutter die Gewalt nicht von vornherein erhielt, ihr diese bei Verhinderung des Vaters vorzuenthalten und ihr nur das Ausübungsrecht zu gewähren. Das Brasilianische Gesetzbuch ist hierin dem deutschen BGB. um einen Schritt voraus. Zwar übt nach Art. 380 der Mann während der Ehe die Gewalt aus, bei dessen Fehlen oder Verhinderung aber die Frau. Ferner gibt Art. 385 der Mutter beim Fehlen des Vaters die Rechte der gesetzlichen Verwalterin des Kindesvermögens. Auch der code civil läßt der Mutter in Art. 141 die Aufsicht über die Kinder, das Recht der Erziehung und die Vermögensverwaltung, sowie alle Rechte des Mannes, wenn der Vater „verschwunden" ist. Auch übt die Mutter vertretungs-

---

100) Vgl. hierzu Kommentar der Reichsgerichtsräte, Bem. 1 zu § 1685; Staudinger a. a. O., 2. Teil, Bem. 2 zu § 1685.

101) Vgl. hierzu Mugdan, Die gesamten Materialien zum BGB. Bd. IV, S. 1254.

weise bei Verhinderung des Vaters, z. B. wenn er entmündigt ist, die elterliche Gewalt aus[102]).

Auch das BGB. von Salvador, das zunächst dem Vater die Gewalt anvertraut, läßt diese bei seinem Fehlen der Mutter[103]). Ebenso sind nach dem BGB. von Peru (Art. 285) die Kinder fürs erste der Gewalt des Vaters und, „sofern dieser nicht vorhanden ist", der Mutter unterworfen. In gleicher Weise übt nach guatemaltekischem Rechte die Mutter allein die Gewalt aus, wenn der Vater abwesend oder aus sonstigen Gründen verhindert ist[104]). (Vgl. auch Art. 264 Abs. 2 des Bürgerlichen Gesetzbuches von Argentinien in der Fassung des Gesetzes vom 21. Oktober 1919, das den Schutz der Minderjährigen neu regelt.)

Noch einfacher ist die Gesetzgebung der Schweiz, der Sowjetrepubliken, Schwedens und Dänemarks, wo von vornherein beide Eltern die Gewalt haben und es sich, ohne daß es einer besonderen Bestimmung bedarf, von selbst versteht, daß die Mutter bei Verhinderung des Vaters in die Lücke eintritt und nunmehr das alleinige Elternrecht ausübt. Mit der Einführung einer solchen Regelung im deutschen BGB. käme die Unterscheidung der bloßen Ausübung von der Gewalt selbst in Wegfall, und damit erübrigten sich alle die unnötigen Verwicklungen in den verschiedensten Rechtslagen.

Nicht jede Verhinderung eignet sich zur Begründung des Rechtes zur Ausübung der elterlichen Gewalt. Bei rechtlicher Verhinderung, abgesehen von den Fällen des Ruhens der elterlichen Gewalt, ist § 1685 BGB. nicht anwendbar. Also kann auch die Mutter dann nicht tätig werden, wenn der Vater wegen Widerstreites der Interessen das Kind nach den §§ 1630 Abs. 2, 1795, 181 BGB. oder deshalb nicht vertreten kann, weil das Kind Zuwendungen Dritter unter Ausschließung seiner Verwaltung nach § 1638 BGB. erhalten hat oder wenn ihm infolge von Konkurseröffnung die Vermögensverwaltung nicht mehr zusteht[105]). Sie kann insbesondere nicht als gesetzliche Vertreterin des Kindes einen Rechtsstreit gegen den Vater führen, es sei denn, daß sie als Pfleger bestellt ist[106]).

Nur eine tatsächliche Verhinderung kommt in Frage, z. B. infolge einer Reise, Haft oder Krankheit oder auch wegen Geistes-

---

102) Im übrigen ist auch nach dem code civil der Vater während der Ehe der Mutter gegenüber besser gestellt.

103) Bergmann, Internationales Ehe- und Kindschaftsrecht Bd. III, S. 730.

104) Bergmann a. a. O. S. 458.

105) Heydemann a. a. O. S. 33; Boschan, Das Eltern- und Vormundschaftsrecht in der gerichtlichen Praxis S. 9 und OLG. 1, 277, 278.

106) Staudinger a. a. O., Bem. 3 a zu § 1685; OLG. Darmstadt vom 13. 6. 1900 (OLG. 1, 277 ff.).

schwäche, Trunksucht, Verschwendung und Gebrechlichkeit, solange der Vater nicht entmündigt oder unter vorläufige Vormundschaft gestellt ist. Eine Verhinderung des Vaters an der Ausübung der elterlichen Gewalt ist nicht ohne weiteres dadurch gegeben, daß er im Felde[107]) steht.

Daß die Verhinderung dauernd sei, wird nicht vorausgesetzt. Es genügt jede auch nur vorübergehende Abwesenheit. Auch braucht die Verhinderung nicht allgemeiner Natur zu sein. Sie kann eine einzelne Fürsorgehandlung betreffen[108]). Heydemann[109]) vertritt dagegen die Ansicht, daß der Vater an der Ausübung der Gewalt in ihrer Gesamtheit verhindert sein müsse. Er wünscht[110]) eine besonders enge Auslegung des Begriffes der tatsächlichen Verhinderung im Interesse der Verkehrssicherheit. Diese ist aber auch dann gefährdet, wenn man die Anwendung des § 1685 BGB. auf den Fall einer allgemeinen Verhinderung des Vaters beschränkt. Der Dritte, dem die Bestimmung des § 1682 BGB. zu Hilfe kommt, muß dann auf eigene Verantwortung prüfen, ob die Verhinderung des Vaters andauert und der Mutter die Ausübung zusteht[111]). Dieses ist für Dritte allerdings oft schwierig.

Wird weder eine dauernde, noch allgemeine Verhinderung vorausgesetzt, so ist aber doch erforderlich, daß sich die Entscheidung des Vaters nicht einholen ließ und die betreffende Angelegenheit keinen Aufschub duldete. Wenn diese Voraussetzungen nicht vorliegen, so ist die Besorgung der Angelegenheit des Kindes durch die Mutter unwirksam, falls der Vater gleichfalls in derselben Angelegenheit tätig wird. Dagegen muß der Vater die Handlung der Mutter gegen sich gelten lassen, auch wenn sie seinen Wünschen widerspricht, für den Fall, daß er im Sinne des Gesetzes verhindert war.

Ist die Ehe aufgelöst, so übt die Mutter die elterliche Gewalt nicht aus. Mit Rücksicht darauf, daß in diesem Falle meistens eine Zerrüttung des Verhältnisses zwischen den Eltern eingetreten ist, hat der Gesetzgeber Bedenken getragen, der Mutter für eine in vielen Fällen nur vorübergehende Zeit die Ausübung der elterlichen Gewalt zu übertragen. Das Vormundschaftsgericht hat dann dem Kinde einen Pfleger zu bestellen, neben dem die Mutter, falls sie nicht selbst bestellt wird, die Personensorge erhält[112]).

Unter bestimmten Voraussetzungen läßt das Gesetz der Mutter die Ausübung der Gewalt auch nach Auflösung der Ehe zu (§ 1685

---

107) Kom. d. RGR., Bem. 1 zu § 1685.
108) Blume a. a. O., Anm. 2 zu § 1685.
109) a. a. O. S. 33 ff.
110) a. a. O. S. 34.
111) Kom. d. RGR., Bem. 1 zu § 1685.
112) Siehe hierüber IV unter 2 meiner Ausführungen.

Abs. 2 BGB.). Hierbei hat es der Gesetzgeber nicht als zweckmäßig erachtet, durch das Vormundschaftsgericht schlechthin feststellen zu lassen, ob eine Übertragung der Ausübung der elterlichen Gewalt auf die Mutter für alle Teile gedeihlich sein würde, sondern den Eintritt des Ausübungsrechtes an gesetzlich bestimmte Voraussetzungen geknüpft. Erforderlich ist einmal eine voraussichtlich dauernde Verhinderung des Vaters, die das Vormundschaftsgericht feststellen muß. Diese Feststellung bewirkt dann zugleich das Ruhen der elterlichen Gewalt des Vaters (§ 1677 BGB.). Sodann muß die Mutter beantragen, daß ihr die Ausübung übertragen werde. Sie soll nicht gegen ihren Willen das Ausübungsrecht erhalten. Deshalb bedarf es eines Antrages. Stellt die Mutter einen solchen nicht, so bekommt das Kind einen Pfleger.

Als Hauptfall der Auflösung der Ehe kommt die Ehescheidung in Betracht und im Falle des § 1679 Abs. 2 BGB. auch die Wiederverheiratung nach erfolgter Todeserklärung (§ 1348 Abs. 2 BGB.).

Eignet sich die Mutter zur Gewaltträgerin, so ist gegen ihr Ausübungsrecht in diesem Falle nichts einzuwenden. Dasselbe gilt auch bei tatsächlicher Verhinderung des Vaters in Ansehung der Kinder, die er nach Maßgabe von § 1637 BGB. zugewiesen erhalten hat, nachdem er für tot erklärt war und die Mutter sich wieder verheiratet hatte. Allerdings ist der Wechsel in der Person des ausübenden Gewalthabers für den Fall, daß der Vater dann nicht mehr verhindert ist, für das Kind regelmäßig nicht wünschenswert.

Die Rechtsstellung der Mutter bei Ausübung der elterlichen Gewalt ist grundsätzlich die gleiche wie in dem Falle, daß ihr die elterliche Gewalt selbst zusteht, weshalb auch hier die Bestellung eines Beistandes möglich ist. Das Vormundschaftsgericht hat ihr einen Beistand zu bestellen, wenn es der Vater angeordnet hat; ebenso kann es selbst aus besonderen Gründen die Bestellung eines Beistandes anordnen. Auch die Mutter darf beantragen, daß ihr ein Beistand beigeordnet werde. Praktisch wird die Anordnung einer Beistandschaft bei tatsächlicher Verhinderung des Vaters nur dann vorkommen, wenn das Vormundschaftsgericht die tatsächliche Verhinderung des Vaters festgestellt hat und sonach die elterliche Gewalt des Vaters ruht.

Die Mutter übt die elterliche Gewalt kraft eigenen Rechtes aus[113]), aber nur insoweit, als der Vater an der Ausübung verhindert ist. Deshalb muß sie Beschränkungen, die etwa auf Grund einer Anordnung des Vormundschaftsgerichtes nach den §§ 1665—1668

---

113) Vgl. Staudinger a. a. O., Bem. 2 zu § 1685 vbd. Bem. 4 c zu § 1685; Heydemann a. a. O. S. 47.

BGB. eingetreten sind, bevor sie das Recht zur Ausübung erlangte, gegen sich gelten lassen [114]).

Besonders geregelt ist im Falle des Ruhens der Gewalt des Vaters die Nutznießung. Diese verbleibt dem Vater während der Ehe, auch wenn er sie nicht ausübt. Die Ausübung liegt bei der Mutter (§ 1656 BGB.), wennschon mit der Maßgabe, daß der Vater die Herausgabe der Nutzungen verlangen kann, soweit nicht ihre Verwendung zur ordnungsmäßigen Verwaltung des Vermögens und zur Bestreitung der Lasten der Nutznießung erforderlich ist. Dagegen erlangt die Mutter mit der Übertragung der Gewaltausübung zugleich das Recht der Nutznießung selbst. Sie muß aber dann, da sie dieses Recht immerhin vom Vater herleitet, einen vom Vater erklärten Verzicht auf die Nutznießung gegen sich gelten lassen [115]).

Alle diese Sonderbestimmungen machen das Gesetz schwierig und umständlich, weshalb eine einfachere Regelung vorzuziehen ist.

Das Recht zur Ausübung der Gewalt bei tatsächlicher Verhinderung, bzw. beim Ruhen der Gewalt des Vaters nach § 1677 BGB., steht der Mutter auch bei nichtigen Ehen ganz zu, wenn beiden Eltern die Nichtigkeit bei Eingehung der Ehe unbekannt war. Dagegen erhält die bösgläubige Mutter das Ausübungsrecht nicht. Während der Ehe behält sie lediglich die Befugnis, die der für alleinschuldig erklärten geschiedenen Frau zusteht, mit dem Kinde persönlich zu verkehren (§ 1702 BGB.). Sie ist auch nicht berechtigt, nach Auflösung der Ehe, wenn die elterliche Gewalt des Vaters voraussichtlich dauernd ruht, die Übertragung der elterlichen Gewalt zu beanspruchen. Gleichwohl behält sie in dem besonderen Falle des § 1677 BGB. das Recht und die Pflicht, für die Person des Kindes zu sorgen.

Die Abhängigmachung des Ausübungsrechtes von der Bösgläubigkeit der Mutter ist bereits oben S. 27 Abs. 3 beanstandet worden [116]).

Das Recht zur Ausübung der elterlichen Gewalt geht kraft Gesetzes wieder auf den Vater über, sobald der Grund der tatsächlichen Verhinderung wegfällt. Was die Beendigung des Ruhens der Gewalt des Vaters infolge der Feststellung des Vormundschaftsgerichtes anlangt, so tritt diese erst dann ein, wenn das Vormundschaftsgericht feststellt, daß der Grund des Ruhens nicht

---

114) Heydemann a. a. O. S. 48; Goldmann-Lilienthal a. a. O., § 45 III Nr. 2, der aber deshalb von den Beschränkungen der Mutter spricht, weil er die Ansicht vertritt, sie übe das Recht des Vaters, nicht die elterliche Gewalt kraft eigenen Rechtes aus.

115) Vgl. hierzu Staudinger a. a. O., Bem. 4 b und c zu § 1685; Goldmann-Lilienthal a. a. O., § 45 III Nr. 2.

116) Vgl. auch meine weiteren Ausführungen S. 45.

mehr besteht, und dem Vater die diese Feststellung enthaltende Verfügung bekanntgibt[117]).

Mit Recht erlangt die Mutter die Ausübung dann nicht, wenn sie die Gewalt verwirkt hat oder die Gewaltrechte ihr entzogen sind, oder wenn ihre Gewalt wegen Geschäftsunfähigkeit, beschränkter Geschäftsfähigkeit, oder deswegen ruht, weil sie einen Gebrechlichkeitspfleger erhalten hat[118]). Zu Unrecht aber ist der Mutter das Ausübungsrecht dann versagt, wenn sie sich wieder verheiratet[119]).

Diese Maßnahmen wären auch dann angebracht, wenn die Mutter von vornherein neben dem Vater die Gewalt erhielte.

2. Die Ausübung der elterlichen Gewalt durch die Mutter beim Ruhen der elterlichen Gewalt des Vaters.

Die Mutter übt außer bei tatsächlicher Verhinderung des Vaters die elterliche Gewalt auch dann aus, wenn die Gewalt des Vaters ruht.

Dies ist nach § 1676 BGB. dann der Fall, wenn er geschäftsunfähig (§ 104 Nr. 2 und 3 BGB.), in der Geschäftsfähigkeit beschränkt ist (§§ 106, 114 BGB.), oder nach § 1910 Abs. 1 BGB. einen Pfleger für seine Person und sein Vermögen erhalten hat.

Außerdem ruht die elterliche Gewalt des Vaters, wie wir gesehen haben, wenn das Vormundschaftsgericht festgestellt hat, daß der Vater tatsächlich verhindert ist (§ 1677 BGB.). Durch diese Feststellung ist das Recht der Mutter ebenso fest umgrenzt wie in allen anderen Fällen, in denen die elterliche Gewalt des Vaters ruht, so daß hier die Rechtsschwierigkeiten und Gefahren, die sich bei der nicht festgestellten tatsächlichen Verhinderung ergeben können, ausscheiden.

Das Ruhen der elterlichen Gewalt hat die Bedeutung, daß der Gewalthaber die Gewalt nicht ausüben kann (§ 1678)[120]).

Doch hat der Vater in allen Fällen des Ruhens seiner elterlichen Gewalt nach § 1676 BGB., ausgenommen, wenn er geschäftsunfähig ist, neben dem gesetzlichen Vertreter ein Personensorgerecht.

---

117) Goldmann-Lilienthal a. a. O., § 45 III Nr. 2.

118) Ist die Verhinderung des Vaters dann nur vorübergehend, so hat das Vormundschaftsgericht nach § 1665 BGB. für das Kind einen Pfleger zu bestellen, bei längerer Verhinderung dagegen die elterliche Gewalt für ruhend zu erklären und eine Vormundschaft anzuordnen (Südmersen, Die elterliche Gewalt der Mutter nach dem BGB. S. 30.).

119) Vgl. hierüber auch meine Ausführungen S. 39 Abs. 1 ff.

120) Boschan a. a. O. S. 32.

Daß diese Regelung nicht glücklich ist, wurde bereits oben S. 26 Abs. 1 bemerkt.

Dem Vater verbleibt außerdem, selbst wenn er geschäftsunfähig ist, die Nutznießung am Kindesvermögen. Besser wäre in diesen Fällen der Mutter die Nutznießung zu gewähren [121]).

Ist die Ehe geschieden, so findet ein Übergang der Ausübung nur ausnahmsweise statt. Der Gesetzgeber ging auch hier von dem Gedanken aus, daß der öftere Wechsel der elterlichen Gewalt zu großen Unzuträglichkeiten führen könne, da regelmäßig nicht zu erwarten sei, daß die geschiedenen Ehegatten die Erziehung der Kinder einheitlich leiteten. Die Mutter hat jedoch, wenn ein Wechsel der elterlichen Gewalt nicht mehr zu besorgen ist, einen Anspruch darauf, daß ihr die Ausübung der Gewalt vom Vormundschaftsgerichte übertragen werde. Dies trifft dann zu, wenn aller Voraussicht nach der Grund des Ruhens weiterbestehen wird, wie z. B. bei einer unheilbaren Geisteskrankheit. Dann muß die Mutter wieder wie im Falle der tatsächlichen Verhinderung des Vaters einen entsprechenden Antrag auf Übertragung der Ausübung der elterlichen Gewalt stellen. Auch in diesem Falle erwirbt die Mutter mit der Übertragung zugleich die Nutznießung, vorausgesetzt, daß der Vater nicht auf sie verzichtet hat. Dem Vater verbleibt dann nur noch das Recht auf persönlichen Verkehr mit dem Kinde [122]). Dieses Recht ist Ausfluß der Verwandtschaft, nicht dagegen der elterlichen Gewalt [123]).

Für die Mutter gilt im Falle des Ruhens der Gewalt des Vaters während der Ehe, als auch nach Auflösung derselben, das gleiche wie in dem Falle der tatsächlichen Verhinderung. Die Mutter darf an der Ausübung der elterlichen Gewalt weder tatsächlich, noch rechtlich verhindert sein. In einem solchen Falle müßte für das Kind ein Vormund bestellt werden, neben dem ihr ein Personensorgerecht wie neben dem Vater verbliebe. Auch sonst darf der Eintritt der Gewalt der Mutter nicht kraft Gesetzes ausgeschlossen sein.

Auch im Falle des Ruhens übt die Mutter, wennschon kraft eigenen Rechtes, die elterliche Gewalt nur aus. Inhaber der Gewalt bleibt der Vater. Auch hier finden die Bestimmungen über die Anordnung einer Beistandschaft in gleicher Weise Anwendung.

Dagegen erwirbt die Mutter die Ausübung der Gewalt anders als bei der tatsächlichen Verhinderung des Vaters im vollen unbe-

---

121) Vgl. auch Lehmann a. a. O. S. 210, Marianne Weber a. a. O. S. 454, Marie Munk, Vorschläge zur Umgestaltung des Rechts der Ehescheidung und der elterlichen Gewalt S. 40, Fuld a. a. O. S. 422.

122) OLG. 21, 258; vgl. auch RGR. Komm., Bem. 1 zu § 1676.

123) Staudinger a. a. O., Bem. 3 a zu § 1676.

schränkten Umfange. Beschränkungen, die für die Person des Vaters durch Anordnung des Vormundschaftsgerichtes nach den §§ 1666, 1670 BGB., durch Eröffnung des Konkurses über sein Vermögen nach § 1647 BGB. oder durch Anordnung eines Dritten nach § 1638 BGB. bestanden, kommen in diesem Falle für die Gewaltausübung der Mutter nicht in Betracht[124]).

Ist die Ehe nichtig und war beiden Eltern bei Eingehung der Ehe die Nichtigkeit unbekannt, so erhält die Mutter, wie bei der tatsächlichen Verhinderung des Vaters, das Recht zur Ausübung der Gewalt. Der bösgläubigen Mutter ist wiederum das Ausübungsrecht während der Ehe versagt. Auch darf sie nicht die Übertragung der Ausübung nach Auflösung der Ehe beantragen. Es verbleibt ihr das Recht aus § 1702 BGB., mit dem Kinde persönlich zu verkehren, und im Falle des Ruhens der Gewalt des Vaters wegen Geschäftsunfähigkeit ein Personensorgerecht neben dem Vormunde[125]).

Der Beginn des Ruhens der elterlichen Gewalt des Vaters und sonach auch der Eintritt der Berechtigung der Mutter zur Gewaltausübung ist durch feststehende Tatsachen bestimmt, wie durch die Bestellung eines Vormundes oder Pflegers oder durch die Zustellung des Entmündigungsbeschlusses (§§ 651, 683 ZPO.). Nur in dem Falle des Ruhens wegen Geschäftsunfähigkeit kann der Zeitpunkt der Berechtigung dann zweifelhaft sein, wenn sich der Vater in einem die freie Willensbestimmung ausschließenden Zustande krankhafter Störung der Geistestätigkeit befindet und dieser Zustand seiner Natur nach nicht vorübergehend ist. Doch kann die Mutter in diesem Falle ihr Recht auch aus dem Grunde der tatsächlichen Verhinderung des Vaters herleiten.

Die Mutter verliert das Recht der Ausübung der elterlichen Gewalt mit dem Fortfalle des Ruhens der Gewalt des Vaters, im einzelnen also mit der Beendigung der Pflegschaft, dem Aufhören der krankhaften Störung der Geistestätigkeit, sowie mit der Aufhebung des Entmündigungsbeschlusses. Dann erlangt der Vater kraft Gesetzes die Ausübung der elterlichen Gewalt zurück. Hier, wie im Falle der tatsächlichen Verhinderung des Vaters, entspricht es den natürlichen Verhältnissen, daß die Mutter während der Ehe im Verhinderungsfalle des Vaters die Gewalt ausübt. Aber auch hier wie dort wäre es einfacher, wenn der Mutter von vornherein neben dem Vater die elterliche Gewalt zustünde. Was die Regelung der Gewaltausübung nach Auflösung der Ehe anlangt, so vgl. die Ausführungen über die Ausübungsbestimmungen in dem gleichen Falle bei der tatsächlichen Verhinderung (S. 49 meiner Ausf.).

---

124) Heydemann a. a. O. S. 47, 48.

125) Siehe hierzu IV unter 2 meiner Ausführungen S. 27 Abs. 2.

VII. Das Personensorgerecht der Mutter des unehelichen Kindes.

Bisher war die Rede von der Stellung der Mutter des ehelichen Kindes. Nun soll einiges gesagt sein von der Mutter des unehelichen Kindes und ihrer Stellung diesem gegenüber.

Was den Begriff des unehelichen Kindes angeht, so ist nicht allein das Kind einer unverheirateten Mutter unehelich, sondern auch ein Kind aus nichtiger Ehe, wenn beide Eltern die Nichtigkeit kannten oder wenn die Nichtigkeit auf einem Formmangel beruht, sowie das Kind einer Ehefrau, dessen Ehelichkeit mit Erfolg angefochten ist[1]).

Die Mutter hat über ihr uneheliches Kind nicht die elterliche Gewalt (§ 1707 BGB.). Sie hat nur das Recht und die Pflicht, für die Person des Kindes zu sorgen. Zur Vertretung des Kindes, wie zur Vermögensverwaltung und Nutznießung ist sie nicht berechtigt. Das Kind erhält einen Vormund.

Die Absprechung der elterlichen Gewalt bedeutet für die Mutter eine große Härte. Denn die Mutter ist Mutter, auch wenn das Kind unehelich ist. Ihre Liebe zum Kinde kann größer sein infolge der Not und schwierigeren Lebensstellung, in der sie sich befindet, als die Liebe der Mutter zum ehelichen Kinde. Im tiefsten Elende, in aller Verkommenheit selbst und sittlicher Verirrung bildet die Liebe zum Kinde oft den einzigen Lichtpunkt, den wärmenden Schein, die Wonne ihres Lebens[2]). Und doch begegnet ihr das deutsche Recht mit Mißtrauen, wennschon es die Mutter, wie die Motive[3]) dartun, „an sich" für fähig zur Erfüllung der Gewaltpflichten hält.

Nun ist es zwar richtig, daß ein Vormund besser geeignet ist als die Mutter, Unterhaltsansprüche des Kindes gegen den Vater geltend zu machen. Ausschließlich für diese Angelegenheit könnte ihr jedoch nach dem Vorbilde des schweizerischen Rechtes ein Beistand oder für das Kind ein Vormund bestellt werden.

Nach Schweizer Recht wird in jedem Falle unehelicher Geburt ein Beistand ernannt, dessen Aufgabe in erster Linie darin besteht, die vermögensrechtlichen Interessen des Kindes zu wahren und die Vaterschaftsklage durchzuführen. Diese geht nach Art. 309 ZGB. nicht auf Feststellung der Vaterschaft, sondern auf Vermögensleistungen und Zusprechung des Kindes mit Standesfolge. Nach

---

1) Rothe a. a. O. S. 49.
2) Vgl. auch Bachofen a. a. O.
3) IV S. 861.

Durchführung der Klage oder nach Ablauf der Klagefrist ist sein Amt erledigt.

Die Beistandschaft könnte aber auch für die ganze Dauer der Minderjährigkeit des Kindes, bzw. bis zu dem Zeitpunkte dauern, von dem ab der Vater von der Zahlung des Unterhaltes befreit wäre [4]).

Im übrigen aber müßte die Mutter die elterliche Gewalt erhalten, wie dies auch nach einer Reihe ausländischer Gesetzgebungen geschieht, und zwar ohne daß ein Beistand bestellt wird.

So kennt das norwegische Recht keinen Unterschied zwischen ehelichen und unehelichen Kindern in ihrer Stellung gegenüber der Mutter. Für minderjährige uneheliche Kinder ist nach dem dänischen Gesetze über die Unmündigkeit und Vormundschaft vom 20. Juni 1920 die Mutter der gesetzliche Vormund. Die Vormundschaft wird hier von der elterlichen Gewalt mit umfaßt [5]).

Auch nach dem code civil (Art. 383 Abs. 1) wird die Mutter Gewalthaberin, wenn sie ihr Kind zuerst anerkannt hat oder wenn es das Wohl des Kindes sonst erfordert (vgl. des Näheren Art. 383 Abs. 2). Allerdings ist der Mutter, was die Vermögensverwaltung anlangt, nur die Stellung als gesetzlicher Vormund eingeräumt.

Eine völlige Gleichstellung der ehelichen mit den unehelichen Kindern gewährt das Zivilrecht in der Sowjetunion, das als Grundlage der Familie nicht die Ehe, sondern die tatsächliche Abstammung ansieht (vgl. hierüber Art. 25 des russischen Ehegesetzes 1926, Art. 1 des ukrainischen Familiengesetzes 1926 und Art. 37 des weißrussischen Ehegesetzes 1927). Eine elterliche Gewalt der Mutter über ihr uneheliches Kind kennen ferner die Rechte von Argentinien (Art. 264 Abs. 3 BGB. in der Fassung des Gesetzes vom 21. Oktober 1919, das den Schutz der Minderjährigen neu regelt), Peru (Art. 286 BGB.) und Salvador [6]). Das brasilianische Bürgerliche Gesetzbuch (Art. 383) läßt das außereheliche, durch den Vater nicht anerkannte Kind unter der mütterlichen Gewalt, vorausgesetzt, daß die Mutter nicht unbekannt oder unfähig ist, die Gewalt auszuüben. Das BGB. von Venezuela (Art. 241) gibt dem unehelichen Kinde im Verhältnisse zur Mutter und deren Blutsverwandten die gleiche Stellung wie dem ehelichen.

Nach deutschem Rechte kann nun die Mutter zwar selbst zum Vormunde ihres Kindes bestellt werden, und zwar noch vor ihrem Vater, der nach § 1776 Nr. 4 BGB. an erster Stelle berufen ist (§ 1778 Abs. 3 BGB.). In diesem Falle erhält sie eine der elterlichen

---

4) Über die Frage des Unterhaltes zu rechten, ist hier kein Raum.

5) Bergmann, Internationales Ehe- und Kindschaftsrecht Bd. II, Anm. 2 zu § 18.

6) Bergmann, Internationales Ehe- und Kindschaftsrecht Bd. III S. 730.

Gewalt nahekommende Stellung zu ihrem Kinde. Aber auch darin, daß sie nur als Vormund und nicht als Mutter die Gewalt ausübt, besteht eine Kränkung.

Der Mutter wäre deshalb die Gewalt zu belassen. Zeigt sie sich unwürdig, so könnten ihr, wie der Mutter des ehelichen Kindes, die Gewaltrechte entzogen werden.

Besonders hart auch muß es für sie sein, daß ihr nicht das aus der elterlichen Gewalt fließende Recht auf Vormundsbenennung zusteht. Gerade hier, wo ihr Kind nicht unter der elterlichen Gewalt des Vaters steht, muß es sie schwer ankommen, dasselbe nicht der Sorge eines Menschen überlassen zu dürfen, der vielleicht ihr Vertrauen besitzt.

Die Mutter müßte die Gewalt erhalten, und zwar einschließlich der Nutznießung. Soweit die vorerwähnten ausländischen Rechte die Nutznießung als Bestandteil der Gewalt oder als besondere Befugnis der Eltern anerkannten, gewähren sie diese auch der Mutter des außerehelichen Kindes. So läßt der code civil (Art. 384 Abs. 2) der gewaltausübenden Mutter die gesetzliche Nutznießung am Vermögen des anerkannten Kindes. Anders überläßt das Sowjetrecht weder der Mutter des ehelichen, noch der des außerehelichen Kindes die Nutznießung, da es eine solche weder als Gewaltrecht, noch als Sonderbefugnis kennt. Enger ist die Schweizer Regelung, wonach die Gewähr der Nutznießung, wie auch der Vermögensverwaltung von dem Ermessen der Vormundschaftsbehörde abhängt (Art. 327 ZGB.).

Was den Zeitpunkt des Gewalterwerbes angeht, so müßte die Mutter, wie jetzt das Sorgerecht, auch die Gewalt mit der Geburt erlangen, nicht erst, wie es das Schweizer Recht tut, nach einer gewissen Probezeit. Mit dem Aufhören der Beistandschaft prüft nach schweizerischem Rechte die Vormundschaftsbehörde, ob der Beistand durch einen Vormund ersetzt oder ob die Mutter die elterliche Gewalt über das Kind erhalten soll. Zeigt sich die Mutter würdig, so erhält sie das Kind. Und zwar überläßt die Vormundschaftsbehörde dasselbe viel lieber ihrer Obhut als einem Vormunde. Die Fähigkeit der Mutter zur Erfüllung der Gewaltpflichten läßt sich aber meistens erst später feststellen, so daß, wenn nicht offensichtliche Umstände dagegen sprechen, die Mutter besser von vornherein die Gewalt erhielte. Auch würde damit die Kränkung vermieden, die in der späteren Überlassung liegt. Zeigt sich die Mutter unwürdig, so könnten ihr, wie oben erwähnt, die Gewaltrechte entzogen werden.

Soweit es das Wohl des Kindes erfordert, müßte aber auch dem Vater, der sein Kind anerkannt hat, die elterliche Gewalt zuteil werden. Der Vater des unehelichen Kindes hat nach deutschem BGB. überhaupt keine Rechte über das Kind, auch nicht

das des persönlichen Verkehrs. Er gilt nicht einmal als verwandt mit ihm (§ 1589 Abs. 2 BGB.).

Diesen Zustand kann er nur dadurch beseitigen, daß er die Mutter heiratet oder den Antrag auf Ehelichkeitserklärung stellt. In beiden Fällen erhält er dann die elterliche Gewalt. Im letzteren Falle bedarf es noch der Einwilligung der Mutter, die dann ihr Personensorgerecht verliert, das aber unter Umständen wiederaufleben kann, wenn sie dem Kinde Unterhalt zu gewähren hat (§§ 1601—1603 BGB.) und wenn außerdem die Gewalt des Vaters endigt oder nach § 1676 Abs. 1 oder § 1677 BGB. ruht (vgl. § 1738 Satz 2 BGB.). Stellt der Vater keinen solchen Antrag und heiratet er die Mutter nicht, so verbleibt es bei seiner Rechtlosigkeit gegenüber dem Kinde.

Und doch kann es besondere Fälle geben, in denen das außereheliche Kind am besten bei dem Vater aufgehoben sein würde. Daher bestimmt auch das Schweizer ZGB. (Art. 325 Abs. 3) sehr weise, daß in den Fällen, in denen der Vater das Kind freiwillig anerkannt hat oder dasselbe ihm zugesprochen ist, die Vormundschaftsbehörde das Kind auch unter seine elterliche Gewalt stellen kann. Nach dem ZGB. (Art. 326 Abs. 2) kann das Kind auch zuerst der Mutter und dann dem Vater anvertraut werden. Dem Ermessen des Richters wird hier weitester Spielraum gelassen. Immer aber ist das Wohl des Kindes oberster Leitsatz. Auch nach dem dänischen Gesetze über die Unmündigkeit und Vormundschaft vom 20. Juni 1920 kann der Vater die elterliche Gewalt erhalten. Geschieht dies, so ist er der gesetzliche Vormund (§ 7 des genannten Gesetzes). Der code civil (Art. 383 Abs. 1) gibt allgemein dem Elternteile die Gewalt, der das Kind zuerst anerkannt hat. Ist es der Vater und eignet er sich besser als die Mutter zur Erfüllung der elterlichen Pflichten, so ist hiergegen nichts einzuwenden. Im anderen Falle kommt dem besser geeigneten Elternteile die Bestimmung in Absatz 2 von Art. 383 zugute, wonach das Gericht zum Besten des Kindes eine andere als die gesetzliche Verteilung vornehmen kann. Haben beide Eltern das Kind gleichzeitig anerkannt, so hat der Vater allein die Gewalt. Diese Bestimmung könnte zu großen Härten für die Mutter führen und dem Kinde nachteilig werden, wenn nicht auch diesen Fall die Bestimmung in Absatz 2 des Art. 383 mitumfaßte und dem Gerichte eine andere Regelung der Gewaltverhältnisse offenstände. Entsprechend der Fassung des § 1635 Satz 2 BGB., wonach das Gericht in geschiedenen Ehen eine abändernde Anordnung treffen kann, müßte aber auch hier eine Änderung der einmal getroffenen Verteilung möglich sein.

Würde aber eins der Eltern, der Vater oder die Mutter, die Gewalt vorübergehend, immer oder abwechselnd im ausgeführten Sinne erhalten, so wäre damit auch dem Kinde besser gedient, als wenn es einen Vormund erhielte. Auch für das Kind bedeutet

es eine Härte ohnegleichen, wenn es deshalb, weil es außerehelich geboren ist, einen Vormund erhält. Hierbei soll über die Frage, wie der Not des unehelichen Kindes am besten zu steuern sei, nicht gerechnet werden. Über den Rahmen meiner Ausführungen hinaus würde es führen, das Problem in allen seinen Grundfragen und inneren Zusammenhängen mit anderen Fürsorgeproblemen auch nur zu streifen.

Welche Wege de lege ferenda zur Abhilfe der Not des Kindes auch immer eingeschlagen werden, noch immer ist Menschenfreundlichkeit und Nächstenliebe der mächtigste Faktor gewesen [7]).

Ob hierbei die Rechte in der Sowjetunion das Richtige treffen, muß stark bezweifelt werden. Hier ist nicht die Ehe, sondern die tatsächliche Abstammung die Begründerin der Familie. Daneben können auch die in der Ehe geborenen Kinder verwandtschaftliche Beziehungen (zu den Eltern) begründen, vorausgesetzt, daß sie Kinder der Eheleute sind. Der Begriff der Familie wird verschoben, in einem anderen, niemals aber besseren Sinne angewendet. Unsere ganze gegenwärtige Kultur ist aufgebaut auf der Ehe und der durch diese geschaffenen Familie. Auf sie stützt sich unsere Gesellschaftsordnung. Mit dem Umstoße aber der Begriffe gerät zugleich die innere Ruhe der Gesellschaft ins Schwanken und mit ihm die Sicherheit, das Gleichgewicht und das Vorwärtskommen des Einzelmenschen, wie der Gesamtheit. Deshalb soll der alte Begriff der Familie, wie der Ehe, als deren Grundlage, aufrecht erhalten bleiben.

VIII. Die elterliche Gewalt der Adoptivmutter.

Bei den bisher erörterten Fällen handelt es sich um natürliche Nachkommenschaft der Eltern. Dies ist bei der Annahme an Kindesstatt nicht der Fall, es sei denn, daß ein Vater oder eine Mutter ihr eigenes uneheliches Kind annehmen. In diesem Falle ist aber die Tatsache der natürlichen Verwandtschaft wirkungslos. Die Rechtsstellung beider Teile beruht hier allein auf dem Adoptionsverhältnisse.

Die Annahme an Kindesstatt steht der Frau in gleicher Weise wie dem Manne offen. Jede Frau, gleichgültig, ob sie verheiratet, unverheiratet, verwitwet oder geschieden ist, kann, soweit die gesetzlichen Voraussetzungen vorliegen [8]), ein Kind an Kindesstatt annehmen.

---

7) Vgl. hierzu Tomforde, Das Recht des unehelichen Kindes und seiner Mutter im In- und Ausland, Theoretischer Teil S. 3 ff., insbesondere S. 10; vgl. auch Wolff, Rechtsstellung des unehelichen Kindes im BGB. und ihre Reform S. 50 und hierzu Neubecker, JW. 1919 S. 287 ff.

8) Vgl. hierüber §§ 1741, 1744, auch 1745 BGB.

Abgesehen von den Fällen, in denen Eheleute ein Kind als gemeinschaftliches Kind annehmen, in Ansehung dessen für sie die bisher erörterten Bestimmungen über gemeinsame eheliche Kinder gelten, erwirbt hier die Frau wie ein Mann von vornherein die elterliche Gewalt über das angenommene Kind.

Ist die Frau verheiratet und will sie das Kind für sich allein adoptieren, so ist hierzu die Einwilligung ihres Mannes erforderlich, es sei denn, daß er zur Abgabe einer Erklärung dauernd außerstande oder sein Aufenthalt unbekannt ist (§ 1746 BGB.). Das Kind tritt dann zu dem Manne der Frau in kein Gewaltverhältnis.

Die Kindesannahme müßte ihr, dem Manne oder einem Elternpaare aber auch dann möglich sein, wenn sie bereits eheliche Abkömmlinge hätten. Auch die Frau, die eheliche Abkömmlinge hat, kann den Wunsch haben, noch ein fremdes, vielleicht uneheliches Kind, eine Waise, oder auch ein ihr verwandtes Kind, dessen Eltern gestorben sind oder sich in unglücklichen Verhältnissen befinden, anzunehmen. Eignet sich die Frau zur Gewalthaberin und stehen ihr die Mittel zur Verfügung, so ist nicht einzusehen, weshalb nicht die Adoption in diesem Falle dem Kinde zugute kommen sollte. Deshalb dürfte die Annahme an Kindesstatt auch nicht wie nach dem BGB. (§ 1741) davon abhängig sein, ob der Annehmende bereits eheliche Abkömmlinge hat. (Vgl. auch den Unehel. G.E., der dem Vormundschaftsgerichte die Befugnis gibt, aus wichtigen Gründen das Vorhandensein ehelicher Abkömmlinge bei seiner „Genehmigung" des Annahmevertrages außer Betracht zu lassen.) [9])

Ferner müßte auch die Adoptivmutter, wie die Mutter des ehelichen Kindes, im Wiederverheiratungsfalle die Gewalt behalten.

Mit Recht kennt das deutsche BGB., wie auch die Schweiz, Dänemark, Bulgarien, Schweden, Norwegen, auch Spanien eine Annahme an Kindesstatt sowohl Minderjähriger, wie auch Volljähriger. Auch der code civil bekannte sich hierzu durch das Gesetz vom 19. Juni 1923, das die Adoptionsbestimmungen des code civil neu gestaltete, während nach Art. 346 des code civil alter Fassung der Annehmende nur einen Volljährigen annehmen konnte und auch nur nach vorangegangenem Pflegeverhältnisse von wenigstens sechs Jahren (Art. 345). Niemand sollte gegen seinen Willen ein Adoptionsverhältnis eingehen. Der Volljährige aber konnte sich entscheiden und, wie man glaubte nach vorgängiger Fürsorge besser, weil dann am ehesten zu erkennen sei, ob es der Annehmende redlich meine. Die Ausschaltung Volljähriger für die Adoption ist nicht anzustreben. Auch hier kann die Adoption zur Wohltat für beide Teile werden. Das natürlichste Anwendungsgebiet des Rechtstitels ist

9) S. auch Lehmann a. a. O. S. 245.

aber doch die Adoption im Kindesalter. Das russische Ehegesetz vom 19. November 1926 (Art. 57) ,das ukrainische Familiengesetz vom 24. November 1926 (Art. 38) und das weißrussische Ehegesetz vom 27. Januar 1927 (Art. 72) sehen deshalb auch nur eine Adoption Minderjähriger vor, letztere beide mit Ausnahme der Fälle, in denen Mitglieder eines Bauernhofes (auch Volljährige) angenommen werden. (Vgl. Art. 38 des ukrain. Ges. u. „Anmerk." zu Art. 72 d. weißruss. Ges.)

Allerdings müßte bei einem rechten Adoptionsverhältnisse, gleichviel, ob es sich um die Annahme Minderjähriger oder Volljähriger handelt, Voraussetzung sein, daß der Annehmende auch nur lautere Beweggründe hätte, wie den Willen, einem Menschen zu helfen, Menschenfreundlichkeit, das Verlangen nach Kinderersatz. Dann ist die Einrichtung segensreich. Doppelt erfreulich ist sie insbesondere auch in dem Falle, in dem sich die Wünsche einer Frau nach einem Kinde mit denen des fremden Kindes, z. B. einer Waise, nach einer Mutter begegnen. Daneben kommen noch die Erhaltung von Stamm und Namen in Frage. Wo aber andere Gründe zum Abschlusse des Vertrages bestimmend sind, etwa nur, um dem Kinde einen schönen Namen zu geben oder das Erbrecht einer dritten, dem Annehmenden verwandten Person zu vereiteln, dort müßte die Begründung des Adoptionsverhältnisses versagt sein.

Nach dem code civil (Art. 343) darf deshalb eine Adoption auch nur dann stattfinden, wenn anerkennenswerte Beweggründe vorliegen und dem Angenommenen daraus Vorteile erwachsen. Nach schwedischem Gesetze über die Adoption vom 14. Juni 1917 bzw. 11. Juni 1920 soll das Gericht die Genehmigung nur erteilen, wenn die Adoption zum Vorteile des Kindes dient und der Annehmende das Kind aufzieht oder aufziehen will oder eine besondere Veranlagung für die Adoption vorliegt. Nach § 8 des norwegischen Gesetzes über die Adoption vom 2. April 1917 in der Fassung vom 23. September 1921 soll ebenfalls die Adoption nur erfolgen, wenn sie das Beste des Kindes fördert. Ähnlich macht das Schweizer BGB. (Art. 267 Abs. 2) die Adoption entweder von dem Vorliegen wichtiger Gründe oder davon abhängig, ob der Annehmende dem Kinde bereits Fürsorge und Pflege erwiesen hat und dem Kinde aus der Annahme Vorteile erwachsen. Den Vorteil des Kindes hat ferner die bulgarische Gesetzgebung im Auge, nach der das Gericht auch prüfen muß, ob der Annehmende in gutem Rufe steht[10]). Es versteht sich von selbst, daß unter den besonderen, wichtigen Gründen und dem Vorteile des Kindes nicht die schöne Namensgebung oder eine zu ungunsten einer dritten Per-

10) Vgl. Bergmann, Internationales Ehe- und Kindschaftsrecht II. Bd., S. 46.

son in Aussicht stehende Erbschaft gefunden werden darf, wenn dies allein zur Adoption veranlaßte. Darin gerade liegt eine Verkennung des Zweckes der Adoption. Die deutsche Rechtsprechung hat solche Verträge teils wegen Verstoßes gegen die guten Sitten, teils wegen Simulation für nichtig erklärt. Die einzelnen erwähnten Gesetzgebungen sind darin auch nicht mißzuverstehen. Immerhin ist unter ihnen die Fassung des code civil am klarsten, da sie positiv das Vorliegen anerkennenswerter Beweggründe fordert. Sehr klar ist endlich auch die Fassung des ukrainischen Familiengesetzes 1926 (Art. 41 Abs. 1), nach der die Annahme an Kindesstatt nicht zu anderen dem Gesetze zuwiderlaufenden Zwecken, insbesondere nicht zum Zwecke der Ausbeutung des Kindes erfolgen darf. Der Annehmende muß Gewähr für eine normale körperliche und geistige Entwicklung des Kindes bieten. (Vgl. auch Art. 41 Abs. 2 d. gen. Gesetzes, sowie Art. 57 des russ. Ehegesetzes u. Art. 79 S. 2 des weißruss. Ehegesetzes.)

Das deutsche BGB. kennt solche Bestimmungen nicht. Die Adoption geschieht durch einen Vertrag, der, solange das Kind minderjährig ist, allerdings der Genehmigung durch das Vormundschaftsgericht und außerdem der elterlichen, bzw. mütterlichen Einwilligung bedarf. In Wirklichkeit aber tritt der Vertrag erst mit der nur formalen Bestätigung des zuständigen Amtsgerichtes, die sich auf die Prüfung der gesetzlichen Erfordernisse (Alter, Kinderlosigkeit, Zustimmungserklärungen) beschränkt. Allerdings wird das Vormundschaftsgericht in Ansehung des minderjährigen Kindes, das uns bei unseren Ausführungen ausschließlich beschäftigt, von sich aus erwägen, ob die Annahme zum Besten des Kindes ist und dementsprechend ihre Zustimmung versagen, wenn infolge der oben genannten Gründe der Vertrag ungültig ist. Der Mangel einer Bestimmung, wie sie sich in den erwähnten ausländischen Rechten findet, trifft am meisten das volljährige „Kind", das zum Vertragsabschlusse weder der vormundschaftlichen Genehmigung, noch der elterlichen Zustimmung bedarf. Allein nicht nur in Ansehung des volljährigen, sondern auch des minderjährigen Kindes wäre es zu wünschen, daß sich die der Bestätigung voraufgehende Prüfung des Amtsgerichtes nicht nur auf gesetzliche Erfordernisse, sondern auf die Redlichkeit der Beweggründe des Annehmenden erstreckte [11]). Auch das Schweizer Recht fordert bei der Adoption minderjähriger Kinder zunächst die vormundschaftliche Genehmigung oder Zustimmung der Eltern (Art. 265 Abs. 2 ZGB.), aber es sieht dann auch allgemein für minderjährige, wie volljährige Kinder in Art. 267 Abs. 1 ZGB. eine Ermächtigung der zuständigen Behörde vor, die diese nur dann erteilt, wenn außer

11) Vgl. auch Heinsheimer, Neues Adoptionsrecht, Leipziger Zeitschrift 1925 S. 897.

den gesetzlichen Voraussetzungen entweder wichtige Gründe vorliegen oder der Annehmende dem Kinde bereits Fürsorge und Pflege erwiesen hat und dem Kinde aus der Annahme nur Vorteile erwachsen[12]) (vgl. Art. 267 Abs. 2 ZGB.).

Durch die Annahme an Kindesstatt erlangt das Kind die Stellung eines ehelichen Kindes. Die natürlichen Eltern verlieren die elterliche Gewalt über das Kind. Die Mutter des unehelichen Kindes geht ihres Personensorgerechtes verlustig (§ 1765 BGB.). Gegen den Gewaltübergang auf die Adoptivmutter ist nichts einzuwenden. Nach ihrem Tode aber, sowie bei dem Ruhen ihrer Gewalt wegen Geschäftsunfähigkeit oder nach § 1677 BGB. müßten die natürlichen Eltern die Gewalt wiedererhalten. Sie erlangen jedoch nach geltendem Rechte in diesen Fällen nur ein Personensorgerecht mit Ausschluß der Vertretung des Kindes. Die elterliche Gewalt bleibt ihnen selbst dann verloren, wenn der Adoptionsvertrag wieder aufgehoben wird und die Adoptivmutter mit der amtsgerichtlichen Bestätigung des Aufhebungsvertrages die elterliche Gewalt verliert. Es besteht kein Grund dafür, ihnen in allen den Fällen die Gewalt vorzuenthalten. Mit Recht erlangen nach dem Schweizer ZGB.[13]), dem österreichischen BGB. (§ 185) und dem code civil (Art. 352 Abs. 2) die natürlichen Eltern nach dem Tode des Annehmenden die Gewalt zurück. Der code civil (Art. 352 Abs. 2) gewährt ihnen außerdem auch im Falle der Entmündigung und des gerichtlich festgestellten Verschwindens der Adoptivmutter die Gewalt.

Immerhin müßte in diesen Fällen das Vormundschaftsgericht sorgfältig darüber wachen, daß das Wohl des Kindes bei einer Rückkehr in die früheren Verhältnisse keinen Schaden litte.

Was die Aufhebung der Adoption anlangt, so ist sie nach § 1770 BGB. nur vertraglich möglich. Eine einseitige Aufhebung auf Begehren des angenommenen Kindes oder des Annehmenden bei Vorliegen „wichtiger Gründe" oder motifs très graves, wie sie das Schweizer ZGB. Art. 269 Abs. 2 und der code civil Art. 370 Abs. 1 vorsehen, kennt das deutsche BGB. nicht. Und doch wäre auch diese für beide Teile wünschenswert. Was das Kind angeht, so kann nach dem russischen Ehegesetze 1926 (Art. 66), dem ukrainischen Familiengesetze 1926 (Art. 46) und dem weißrussischen Ehegesetze 1927 (Art. 84) sogar jede beliebige Person oder Behörde, die ermittelt hat, daß die Aufhebung zum Wohle des Kindes ist, den Antrag stellen. Nach deutschem BGB. ist hier allein die Entziehung der einzelnen Gewaltrechte möglich, die die erwähnten ausländischen Gesetze außerdem kennen.

12) Über die Frage, wer am besten die Bestätigung erteilte, vgl. Heinsheimer a. a. O. S. 904.

13) Vgl. Gmür a. a. O., II. Abteilung: Die Verwandtschaft, VII zu Art. 268.

Schlußwort.

Ich bin am Ende meiner Ausführungen. Wir haben gesehen, daß manche Regelung im Gesetze der Abänderung bedarf und manche Lücke noch vorhanden ist, daß aber auch zweckmäßige und weise Vorschriften von außerordentlicher Tragweite getroffen sind.

Wo immer ergänzende und neue Bestimmungen auf dem Gebiete der elterlichen Gewalt ins Leben gerufen werden, wird es sich darum handeln, Vater und Mutter nach ihren besonderen Veranlagungen gerecht zu werden, beiden Eltern die volle Auswirkung ihrer edelsten besten Kräfte zu ermöglichen und sie in diesem Sinne einander gleichzustellen.

Dann wird das wechselseitige Zusammenwirken beider Kräfte dem Kinde und mit ihm dem Vaterlande zugute kommen. „Unser Eltern- und Kindesrecht soll sich auf die Einheit und Gemeinschaft des Hauses gründen und den innigsten, lebensvollsten, am gewaltigsten fesselnden Verband, der auch heute allen Stürmen zum Trotz den festesten Halt der Gesellschaft bildet, stärken“ [1]).

Wo aber in den Fällen außerehelicher Geburt dem Kinde das Elternhaus versagt ist, auch da gilt es, das Kind zum Lebenskampfe und zur Lebensfreude fähig zu machen und ihm das Beste, was ihm die Mutter bieten kann, zu sichern. Niemals dürfen niedrige und kleinliche Gesinnung ihm die Freude am Leben rauben und den Mut ihm nehmen.

Den Kindern Schutz! Den Eltern, der Mutter des unehelichen Kindes, wie der Frau, die ein fremdes Kind annimmt, Schutz und Unterstützung in ihren heiligsten Bestrebungen, dem Kinde das Beste zu geben, was immer in ihren Kräften steht! Die Kraft eines jeden Volkes liegt in seiner Jugend. Dann wird auch unser Vaterland erstarken, den Helfenden und denen, die Wohltaten und Segnungen empfangen, zum Heile.

---

1) Gierke, Die soziale Aufgabe des Privatrechts S. 37.